ISTITUZIONI

DI

DIRITTO ROMANO.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO ROMANO

COMPILATE

DAL

PROF. ALESSANDRO DOVERI.

SECONDA EDIZIONE

ACCRESCIUTA PER NOTE DI CONFRONTO

COL CODICE CIVILE ITALIANO.

VOL. II.

FIRENZE.
SUCCESSORI LE MONNIER.

1866.

LIBRO SECONDO.

DELLE COSE E DEI DIRITTI PATRIMONIALI.

SEZIONE SECONDA.

DIRITTI PATRIMONIALI.

—

TITOLO II.

DEI DIRITTI PATRIMONIALI EMERGENTI DA UN RAPPORTO OBBLIGATORIO *(obligationes)*.

§ 226. Fra i diritti patrimoniali, oltre i reali, vengono quelli emergenti da un rapporto obbligatorio, diritti che i Romani chiamano *obligationes,* ed i moderni scrittori, *diritti di obbligazione.* Questi diritti non hanno per *obietto,* come i diritti patrimoniali reali, una *cosa corporale:* il loro obietto è un *fatto,* un *servigio utile* e *riducibile* a *valore pecuniario,* e che per conseguenza fa parte dei beni, del patrimonio: *ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui, præstarique possunt* (fr. 9, § 2, *Dig. de statulib.*, XL, 7). Quel *fatto* può talora consistere nel procurare una cosa corporale; e quel fatto trova sempre il suo equivalente in una cosa corporale, nel danaro cioè, che ne è misura e rappresentazione; è per questo che alcuni scrittori antichi chiamarono i diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio: *jura ad rem;* ma in realtà, una cosa corporale non è *direttamente* il loro obietto: ossia essi non investono *direttamente* la cosa, sibbene un *fatto,* un servizio utile; « obligationum substantia, non in eo consistit ut aliquod *corpus nostrum...... faciat* sed ut alium nobis *obstringat* ad *dandum* aliquid, vel *faciendum,* vel *præstandum.* » fr. 3, *Dig. prin. de obligat. et act.*, XLIV, 7.) Il fatto, obietto dei diritti patrimoniali emergente da un rapporto obbligatorio, è un *debito* per chi ha il dovere giuridico di eseguirlo, è un *credito* per

chi ha la facoltà giuridica di esigerlo; da ciò deriva che questi diritti chiamansi eziandio *crediti.* I diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio, non presuppongono, come i diritti patrimoniali reali, una relazione *fra una persona ed una cosa,* sibbene una relazione *fra una persona ed una persona;* onde taluno li disse, benchè impropriamente, *diritti personali;* non si fanno valere, come i diritti patrimoniali reali, contro chiunque: non sono diritti *assoluti,* ma invece si fanno valere contro una determinata persona: sono diritti *relativi.*

§ 227. Bene si distinguono i diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio, da quei diritti che chiamammo *personali,* (ossia dai diritti di *condizione civile* e dai diritti di *famiglia*): imperocchè questi ultimi non sono come quelli stimabili a contanti, nè trovano nel danaro misura e rappresentazione; od almeno repugna al senso morale il misurarli o rappresentarli in quella guisa. Il diritto del padre al rispetto del figlio, diritto derivante dalla patria potestà, non è assolutamente stimabile a contanti: il diritto del padre stesso ad ottenere dei servigi dai figli, non può, senza offesa del sentimento morale, valutarsi in danaro: *pietatem liberi parentibus, non operas debent* (fr. 10, *Dig. de obseq. parent.*, XXXVII, 15). Aggiungasi, che i diritti *personali* hanno sempre per obietto o la persona *propria,* come i diritti di condizione civile, o la persona *altrui,* come i diritti di famiglia: mentre i diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio hanno per obietto anzichè una *persona,* un *fatto* (vedi *Introduz.*, sez. IV, § 224; libro II, § 22.

PARTE I.

Delle obbligazioni in generale, e loro distinzioni.

(*Instit.*, lib. III, tit. 13, *de obligationibus; Dig.*, lib. XLIV, tit. 7 *de obligationibus et actionibus; Cod.*, lib. IV, tit. 10, *de obligationibus et actionibus.*)

§ 228. Un *rapporto obbligatorio,* un'*obbligazione* è sempre la scaturigine dei diritti patrimoniali, dei quali andiamo a trattare. Importa dunque dichiarare che cosa sia veramente un rapporto obbligatorio, un'obbligazione. « *Obligatio,* si legge nelle Istitu-

zioni imperiali, *est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura* (*Instit. pr., de obligationibus*, III, 13; fr. 3, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7; *cost.* 13, *Cod. de contrah. emt.*, IV, 38). Noi preferiamo dare dell'obbligazione una definizione più esplicita, ed insieme più comprensiva, e perciò diremo che l'obbligazione è: un *vincolo di gius fra due persone determinate, in virtù del quale l'una di queste, il creditore, ha diritto di esigere che l'altra, il debitore, le dia, faccia, o presti qualche cosa.* Più esplicita della testuale ci sembra questa definizione, perocchè esprima chiaramente i tre elementi dell'obbligazione, vale a dire:

a) un *creditore*, che ha diritto di esigere, che altri dia, faccia o presti; che ha diritto insomma ad un fatto o servigio utile, e riducibile a contanti.

b) un *debitore*, che ha il dovere giuridico corrispondente, cioè di dare o di fare o di prestare.

c) un *vincolo* di gius, che lega il debitore verso il creditore.

Ancora più comprensiva della definizione testuale ci sembra la definizione nostra, perocchè non si limiti alle obbligazioni *civili* (*secundum nostræ civitatis jura*), ma invece le abbracci tutte. La *obbligazione* è un *vincolo* di *gius:* dalla medesima nasce dunque, un *dovere giuridico,* bene distinto e diverso dal *dovere morale* o *etico;* nasce un dovere che ha una sanzione giuridica, non puramente morale: del quale può ottenersi l'adempimento mediante la coazione. L'obbligazione è un *vincolo di gius fra due persone:* essa dunque presuppone duplicità di subietto: il creditore ed il debitore, il *reus credendi* ed il *reus debendi;* onde una scambievole relazione di credito, e di debito, relazione per un lato *attiva, passiva* per l'altro. Questo vincolo di gius è fra *due persone determinate,* è un vincolo di gius fra esse due soltanto, che non riguarda altri, che non può farsi valere di fronte a tutti; è *relativo,* non *assoluto.* Siffatto vincolo si scioglie: *dando, faciendo, præstando,* ossia adempiendo il dovere giuridico emergente dall'obbligazione. Tale adempimento cagionando lo scioglimento del vincolo, si dice *solutio,* perocchè *solvere* indichi adempiere, o sciogliere l'obbligazione; così si spiega perchè nella definizione testuale dell'obbligazione, da noi riferita, trovinsi le parole: *alicujus solvendæ rei*, le quali nella loro generalità esprimono ogni maniera di adempimento. Ma il *solvere* è sempre un *facere* del debitore, *solvere dicimus qui fecit quod*

facere promisit (fr. 176, *Dig. de verb. signif.*, L, 16), inteso il verbo *facere* nel suo più esteso significato, nel quale indica tutte le manifestazioni dell'umana attività, in quanto è suscettiva di divenire obietto di un diritto: *verbum facere, omnem omnino faciendi causam complectitur: dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi* (fr. 218, *Dig. verb. signif.*, L, 16). Ciò non pertanto solevano considerare sotto tre forme, tale manifestazione dell'umana attività: *facere, dare, præstare* (GAJO, IV, 2; II, 213; III, 181; IV, 5, 41; fr. 37, *Dig. de oper. libert.*, XXXVIII, 1; fr. 3 *pr.*, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7). Intendevano per *dare*, l'obbligo di consegnare una cosa, con l'intenzione di trasferirne la proprietà nell'accipiente (fr. 75, § 10, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 103, *Dig. eod.*; fr. 167, *Dig. de reg. juris,* L, 17). Per *facere,* l'obbligo di eseguire un fatto utile al creditore, fatto diverso dal *dare,* cioè dal trasferire la proprietà (fr. 2, § 5, *Dig. de verb. oblig.*, XLVI, 1; fr. 5, § 1, *Dig. eod.*). Nel *facere* comprendevano ancora il *non facere,* ossia l'astenersi dal fare, e così tanto un *fatto positivo,* quanto un *fatto negativo.* - *Præstare* è anch'esso un *facere,* ma adoperavano questo verbo specialmente per indicare l'obbligo di procurare al creditore un comodo, od un godimento promesso, non derivante dalla traslazione del dominio, ossia dal *dare* (fr. 15, § 1, 2; fr. 9, § 2, *Dig. locati,* XIX, 2), come p. e. il fare godere l'uso di un'abitazione in conseguenza di un contratto di locazione e conduzione; *præstare* si adoperava eziandio per indicare l'obbligo di indennizzare altri di un nocumento arrecatogli (fr. 5, § 2, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 1, *Dig. de tut. e rat. distrah.*, XXVII, 3; fr. 17 *pr.*, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 23, *Dig. de regulis juris,* L, 17); occorre nel testo la locuzione *præstare patientiam,* per indicare l'obbligo di tollerare, o di soffrire che altri faccia (fr. 22, *Dig. de operis novi nunciatione,* XXXIX, 1). Del resto questi verbi, non sono adoperati sempre nel loro significato tecnico, ora dichiarato.[1]

[1] Il Codice contiene la distinzione delle obbligazioni in obbligazioni che hanno per obietto un *dare*, da quelle che hanno per obietto un *fare* o un *non fare* (art. 1219 e seg). Ma l'obbligazione di *dare* pel Codice non è, come per diritto Romano, l'obbligazione di trasferire la proprietà, o di costituire un *jus in re;* è invece l'obbligazione di consegnare la cosa e di conservarla sino alla consegna (art. 1219). Nel sistema del Codice non si parla di un'obbligazione di *trasferire la proprietà*, perocchè pel Codice stesso la proprietà è trasferita per effetto della sola convenzione, senza bisogno di tradizione; appena concluso il contratto, la proprietà è trapassata. Lo stesso avviene quanto ai di-

§ 229. La voce *obligatio* non è propria del vetusto linguaggio giuridico dei Romani, è voce dell'epoca classica del diritto, surrogata all'antica parola *nexus* o *nexum*. Ambedue queste voci esprimono la stessa idea; *nectere* infatti, suona *annodare*, e *obligare* suona *legare*; è sempre l'idea della volontà legata, annodata da un vincolo di gius. In molti significati troviamo adoperata la parola *obligatio*; ed invero, oltre ad esprimere *vinculum juris*, esprime eziandio:

a) il diritto del creditore nascente dal rapporto obbligatorio (fr. 9, § 3, *Dig. de jurejur.*, XII, 2; fr. 21, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; *cost.* 30, *Cod. de locat.*, IV, 65);

b) il correlativo dovere giuridico del debitore (fr. 36, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1; fr. 21 *pr.*, *Dig. de fidejus.*, XLVI, 1);

c) il fatto che serve di fondamento al vincolo giuridico, onde anche i contratti talora si chiamano obbligazioni (fr. 19, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 1, § 3, *Dig. de pactis*, II, 14; fr. 20, *Dig. de jud. et ubi quisq.*, V, 1);

d) il documento, che serve a provare l'esistenza del rapporto obbligatorio (*cost.* 7, *Cod. de non num. pec.*, IV, 30);

e) e perfino (l'abbiamo veduto nel trattare del pegno e della ipoteca, § 194), l'oppignoramento di una cosa, la costituzione del diritto di pegno e di ipoteca.

§ 230. La più antica legislazione di Roma non riconosceva altre obbligazioni all'infuori di quelle stabilite dalle *persone*, con le *forme* solenni e sacramentali, ed in conseguenza dei *fatti*, che il diritto civile ammetteva: ma in seguito di tempo i pretori, mitigando anche in questo la pristina rigidità del diritto civile, ammisero altre maniere, ed altre cause di obbligazione, ed accordarono dei mezzi pretorii per farle valere. Gli imperatori stessi, poi die-

ritti reali sulla cosa altrui (art. 710): il diritto sulla cosa altrui è acquistato appena il contratto è concluso. È questa probabilmente la ragione per la quale il Codice non distingue, per esempio, il contratto enfiteutico dal diritto reale di enfiteusi, il contratto reale di pegno dal diritto reale di pegno; ed indica contratto e diritto reale che ne deriva con un nome solo (enfiteusi, pegno); ma questa nomenclatura ci sembra contraria all'esattezza scientifica, e propria a far sorgere confusioni. Laonde sebbene noi crediamo (opinione che a vero dire non è quella dei più) che i diritti frazionari del dominio (ad eccezione del pegno) nel sistema Romano si acquistassero con la semplice convenzione, tuttavolta abbiamosempre distinto nell'esposizione nostra il contratto dal diritto reale sulla cosa altrui che ne derivava.

Nel Codice non si fa menzione espressa di una obbligazione che abbia per obietto un *præstare*; essa rientra nel *fare*.

dero efficacia civile ad alcune relazioni obbligatorie, sconosciute dal primitivo diritto civile; finalmente alcune obbligazioni riconosciute dal diritto delle genti, fondate su ragioni di equità naturale, non rimasero prive di qualunque giuridica efficacia, e dalla giurisprudenza sotto il nome di *naturales obligationes* furono ammesse, se non a produrre tutti gli effetti delle obbligazioni riconosciute dal diritto civile o dal diritto onorario, pur sempre a produrre effetti di qualche rilievo. Per siffatta ragione, surse la triplice distinzione delle obbligazioni, accennata in qualche luogo del testo, (fr. 1, § 1, *Dig. de novat. et delegat.*, XLVI, 2; fr. 5 *pr.*, *Dig. de pign. et hypoth.*, XX, 1), vale a dire di:

a) obbligazioni civili (*civiles*), *b*) obbligazioni pretorie od onorarie (*prætoriæ seu honorariæ*), *c*) obbligazioni naturali (*naturales*). Le obbligazioni pretorie od onorarie ebbero la stessa efficacia delle civili, e ne differirono soltanto nella loro origine istorica; attalchè possiamo con molti odierni scrittori distinguere le obbligazioni, sotto il punto di vista della loro *efficacia*, in:

I° *obbligazioni naturali, e obbligazioni civili.*

A) Obbligazioni naturali.[1]

§ 231. L'obbligazione naturale, è un *vincolo di equità naturale, riconosciuto dal diritto delle genti: is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus* (fr. 84, § 1, *Dig.*

[1] Il Codice all'art. 1237 fa menzione delle obbligazioni naturali; quest'articolo è così concepito: « Ogni pagamento presuppone un debito; ciò che » è pagato senza essere dovuto è ripetibile; la ripetizione non è ammessa » riguardo alle *obbligazioni naturali* che si sono *volontariamente soddisfatte.* » Da queste parole ci sembra resulti che pel Codice sono obbligazioni naturali quelle delle quali non può il creditore esigere giudicialmente l'adempimento, ma che non ammettono la ripetizione del pagato, ossia che hanno per distintivo la *soluti retentio*. Osserviamo innanzi tratto che il Codice nel citato articolo 1237 parla di obbligazioni naturali *volontariamente* soddisfatte (cioè senza subire violenza o inganni) e non già di obbligazioni naturali *scientemente* soddisfatte; ed a ragione. Infatti egli è vero che il *soddisfare scientemente* una obbligazione naturale, impedisce la ripetizione del pagato; ma non già perchè a quella ripetizione si opponga l'esistenza della obbligazione naturale; sibbene perchè, se chi paga *scientemente l'indebito,* non può ripetere il pagato, e si presume aver donato, a più forte ragione non può ripetere il pagato, chi pagando sodisfa, *scientemente* ad una obbligazione naturale. Il Codice nostro ha questo vero perfettamente sentito, giacchè nel primo capoverso dell'articolo 1309 dichiara bastare che l'obbligazione venga in tutto o nella maggior parte eseguita volontariamente *da chi conosce* (*scientemente* dunque) il vizio, dopo il tempo in cui la obbligazione stessa poteva essere validamente ratificata o confermata, perchè essa sia sanata.

È notevole che in nessun luogo del Codice, oltre l'art. 1237 sopra ripor-

de reg. juris, L, 17). Questo vincolo, ove non sia espressamente riprovato dalle leggi civili, ha da essere rispettato ed osservato; ma per procurarne quest'osservanza e quel rispetto, non lice invocare l'intervento dell'autorità giudiciaria; essa, come istituzione

tato, si fa ulteriore menzione dell'obbligazione naturale, nè occorre enumerazione di obbligazioni di siffatto genere.

Laonde (viene fatto di domandare) quali saranno queste obbligazioni naturali? Indubitabilmente lo sono i debiti di giuoco o di scommessa, imperocchè il Codice non accorda veruna azione pel pagamento loro (art. 1802), ma dichiara che il perdente non può in alcun caso ripetere quanto avesse *volontariamente* pagato (art. 1804). Ma il caso dei debiti di giuoco o di scommessa essendo caso espressamente e specialmente risoluto dal Codice, non può essere l'unico, nè quello contemplato dalle generiche disposizioni dell'articolo 1237, relative alle obbligazioni naturali; altrimenti quest'articolo sarebbe una inutilità.

Non sono casi di obbligazione naturale quelli di atti *nulli in modo assoluto*, e che il Codice dichiara *non potersi sanare* con nessun atto confermativo (art. 1310), come esempigrazia la donazione fatta non per atto pubblico; almeno di fronte al donante (art. 1056) comunque per espressa eccezione legislativa possa essere sanata da una esecuzione per parti degli eredi o aventi causa del donante (art. 1311).

A noi sembra che veri casi di obbligazione naturale sieno quelli ne' quali l'*esecuzione volontaria* è avvenuta per parte di chi poteva impugnare e dare di nullità all'obbligazione medesima, per qualche difetto nella propria capacità giuridica all'epoca in cui la contrasse (e così per un vizio di *nullità relativa*), e tale esecuzione volontaria è avvenuta quando quel vizio di *nullità relativa* era cessato. A mo'di esempio, se chi contrasse una obbligazione essendo *minore o interdetto*, senza l'intervento del legittimo rappresentante; o essendo emancipato o inabilitato, senza l'assenso del curatore; o essendo conjugato in matrimonio, senza l'autorizzazione del marito o del giudice; poi divenuto maggiore, o sciolto dall'interdizione, dall'inabilitazione o dal matrimonio, la *eseguisce volontariamente* (cioè senza essere passivo di dolo o di violenza) non potrà ripetere il pagato, perchè debitore era; obbligato a pagare in via giudiziaria non poteva essere, dacchè esso poteva oltre che sperimentare l'azione di nullità, eziandio opporre l'eccezione di nullità a quell'obbligazione (art. 1302), allegando il difetto di capacità giuridica propria nell'epoca in cui la contrasse (art. 227, 322, 335, 341, e 137); ma ripetere non può il pagato. Non può ripetere il pagato, perchè lo dichiara in lettera il *capoverso secondo* dell'articolo 1309 « *l'esecuzione volontaria di un'obbligazione*, secondo le forme » e nei tempi determinati, produce rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che po- » tevano opporsi contro tale atto (art. 1309, capoverso 2°.) »

In questi casi dunque nessun dubbio sull'esistenza di un'obbligazione naturale.

È prezzo dell'opera l'osservare che le obbligazioni del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato, dell'emancipato, della donna, contratte senza l'intervento dei respettivi rappresentanti, o senza l'assistenza o l'autorizzazione dei respetttivi curatori e mariti, quando non fossero sostanzialmente nulle per difetto di consenso in chi le contrasse (perchè, p. e., contratte nell'infanzia o nel momento di evidente alienazione mentale), potrebbero essere garantite da un fidejussore, giacchè per l'art. 1899, capov. « può prestarsi la fidejussione per una » obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una eccezione *mera-* » *mente personale* all'*obbligato*, siccome nel caso della minore età. » Ora, le indicate persone, acquistata la loro capacità, sono *obbligate naturalmente* verso questo fidejussore, giacchè se lo rimborsano *volontariamente* non possono ripetere ciò che gli pagarono, mentre egli contringerle a rimborsarlo non può. Ecco dunque un altro caso di obbligazione naturale.

Crediamo poi, che sotto l'impero del Codice un padre che prestasse gli alimenti ad un figlio non legalmente riconosciuto, non sarebbe ammesso a ripeterli, e ciò, come dicevano i Romani Giureconsulti, *pietatis causa;* ma in

eminentemente civile, fa rispettare soltanto quei vincoli che dal diritto civile derivano, e che sono espressamente riconosciuti da lui; in altri termini, il creditore non ha *azione* per ottenere dal debitore l'adempimento dell'obbligazione. Quindi possiamo dire, che l'obbligazione naturale è un vincolo di equità naturale, riconosciuto dal diritto delle genti, ma che *non produce azione.* - Benchè l'obbligazione naturale non produca, come l'obbligazione civile, un'*azione,* ossia un mezzo di aggressione, e non abbia sanzione diretta, ha efficacia come *eccezione,* come mezzo di difesa: ha una sanzione indiretta (fr. 7, § 4, *Dig. de pactis,* II, 14), attalchè è utile, ogni qualvolta il creditore può fare valere quel vincolo, senza ricorrere direttamente da sè all'autorità giudiciaria; di più in certi casi può produrre altri effetti importanti. Vediamolo.

1° L'adempimento o pagamento (*solutio*) volontario dell'obbligazione naturale, non può essere revocato, vale a dire il debitore naturale, che cedendo agli impulsi della coscienza morale ha eseguito il pagamento, non è ammesso a ripetere il pagato, come se fosse indebito. Se egli intentasse la *condictio indebiti,* verrebbe respinto con una *exceptio doli,* mercè la quale il creditore naturale farebbe valere il suo *jus retentionis,* il suo diritto alla *soluti retentio* (fr. 13, e 17, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6; fr. 51 e 64, *Dig. eod.*; fr. 10, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7). E bene a ragione, conciossiachè sia davvero in dolo chi, con la coscienza di dovere, pagò, e poi pretende ripetere come indebito quello, che per equità era da lui dovuto (fr. 7, § 4, *Dig. de pactis*, II, 4; fr. 2; § 4 *de doli mali except.*, XLVI, 4). Chi *scientemente* paga l'indebito non può ripetere il pagato; ma non perchè *dovesse natu-*

tal caso, e nei consimili, più che una obbligazione naturale ci sembra che resista alla ripetizione dell'indebito un'obbligazione *morale,* o *etica.*

Come siamo convinti che nel diritto Romano la prescrizione estinguesse l'azione, ma lasciasse intatto il diritto, (il quale si poteva far valere come si facevano valere i diritti emergenti da una obbligazione naturale. Vedi SAVIGNY, § 248, vol. III del suo *Sistema di diritto Romano*), così uguale convinzione abbiamo che pel Codice Civile italiano la prescrizione estingua non soltanto l'elemento civile, ma eziandio l'elemento naturale dell'obbligazione. Ed in vero l'articolo 1236 pone la prescrizione fra i modi di estinzione delle obbligazioni alla pari del pagamento; e l'articolo 2105 dichiara la prescrizione modo di acquistare un diritto, o di *liberarsi da una obbligazione;* or bene se una obbligazione naturale sopravvivesse alla prescrizione dell'azione, non si potrebbe parlare di *liberazione;* perocchè chi in una obbligazione, sia pur naturale, figura come subietto passivo, *deve:* è *debitore;* tanto è vero che non può ripetere come *indebitum* ciò che pagò.

La compensazione addimandando pel Codice nostro due crediti ugualmente liquidi ed *esigibili* (art. 1287) i crediti naturali perchè *non esigibili*, non possonoessere opposti in compensazione.

ralmente, bensì perchè si ritiene abbia donato (fr. 53, *Dig. de reg. juris,* L, 17; fr. 1, § 1; fr. 26, § 3, *Dig. de condict. indeb.,* XII, 6).

2° L'obbligazione naturale può essere opposta in *compensazione* al creditore, che chiede il pagamento del suo credito civile, dalla persona la quale ha un credito naturale, quando per altro concorrano gli altri requisiti della compensazione, che altrove saranno dichiarati (fr. 6, *Dig. de compensat.,* XVI, 2).

3° L'obbligazione naturale può essere trasformata in obbligazione civile; in altri termini, il debitore naturale può riconoscere il suo debito in un modo *civile,* e convertire così in civile, l'obbligazione naturale: il che si opera di ordinario con la *novatio,* e col *constitutum* (fr. 1, § 1, *Dig. de novat.,* XLVI, 2; fr. 1, § 7, *Dig. de pecun. constit,* XIII, 5).

4° Finalmente, l'obbligazione naturale può servire di substrato ad un diritto civile accessorio, il quale garantisca l'obbligazione naturale medesima; può a maniera di esempio, servire di base ad una mallevadorìa, o ad un pegno (fr. 16, § 3, *Dig. de fidejus,* XLVI, 1; *Instit.,* § 1, *de fidejus.,* III, 20; fr. 5 *pr.,* fr. 14 § 1, *Dig. de pign.,* XX, 1). - Ma non qualunque obbligazione naturale, produce *tutti questi* effetti; l'unico effetto che producono tutte, è la *soluti retentio,* attuabile mediante l'*exceptio doli,* eccezione che paralizza la *condictio indebiti.* È questo il carattere *positivo* comune a tutte; mentre il loro carattere *negativo* è di non produrre azione.

§ 232. La *soluti retentio* essendo l'effetto costante di tutte le obbligazioni naturali, vera e propria obbligazione naturale non vi è, quando quella *soluti retentio* non può essere esercitata, e chi pagò può far valere la *condictio indebiti.* Laonde bene a ragione i giureconsulti romani, dicevano *ne quidem naturales obligationes,* quelle relazioni obbligatorie, cui le leggi denegarono espressamente qualunque giuridica efficacia, riprovando la loro causa; relazioni che i commentatori chiamano *obligationes jure civili reprobatæ.* Tali sono, esempigrazia, l'obbligazione di pagare un debito di giuoco (*cost.* 3, *Cod. de aleatoribus,* III, 43) delle usure eccessive, ed altre ancora, che possono riscontrarsi nel fr. 8 *pr., Dig. de transact.,* II, 15, e nella *cost.* 3, *Cod. de pact. pignor.,* VIII, 35. Non sono obbligazioni *naturali,* sibbene sono (come dice il testo (fr. 8, *Dig. de condict. ob. turp.,* XII, 5; fr, 13, *Dig. de jure dot.,* XXIII, 3), obbligazioni *inani* ed *inefficaci,* quelle obbligazioni alle quali *può essere opposta* una *exceptio perpetua,* eccezione fondata sul diritto

delle genti; la quale opposta che sia ne paralizza per sempre l'efficacia civile e naturale: come l'*exceptio doli*, l'*exceptio quod metus causa*, l'*exceptio pacti*, l'*exceptio jurisjurandi*. Non sono queste obbligazioni naturali, perchè non danno la *soluti retentio*, talchè chi in conseguenza di esse pagò, può ripetere il pagato con la *condictio indebiti* (fr. 40, *Dig. de cond. indeb.*, XII, 6). Di siffatto genere, è ancora la mallevadoria delle donne; la donna ha l'*exceptio Senatusconsulti Vellejani*, che è una *exceptio perpetua*, per respingere l'azione della persona verso la quale si obbligò come mallevadrice; (fr. 8 § 9, *Dig. ad S. C. Vellej*; XVI, 1), e di più ha la *condictio indebiti* per ripetere ciò che avesse pagato in quel carattere (*cost.* 9, *Cod. ad S. C. Vellejan.*, IV, 29). L'*exceptio perpetua* paralizzando l'azione, chi la sperimenta si trova, quando quell'eccezione gli sia opposta, nella condizione di chi non ha azione (fr. 112, *Dig. de reg. iuris*, L, 17), e a rigore non può essere detto neppure creditore (fr. 55, *Dig. de verb. signif.*, L, 16).

§ 233. Effetto costante dell'obbligazione naturale, essendo la *soluti retentio*, alcuni commentatori dissero esistere obbligazione naturale ancora in alcuni casi, nei quali la *condictio indebiti* non può essere efficacemente sperimentata, sebbene in quei casi vero e proprio rapporto obbligatorio non esista. - La madre, per esempio, che pagò una dote alla figlia, credendosi per errore obbligata a dotarla, non è ammessa a ripetere il pagato, *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa* (fr. 32, § 2, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6); il liberto che ha prestato al patrono delle opere cui per errore si credeva obbligato, non ha mezzo giuridico per ottenerne dal patrono l'equivalente (fr. 26, § 12, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6). L'affetto materno, la dovuta gratitudine, impediscono che si ripeta come indebito, ciò che almeno per la morale, indebito non si può dire. - Ma a torto alcuni commentatori vogliono vedere, in questi casi, un' obbligazione naturale. - Vero è che la *soluti retentio*, è l'effetto costante di ogni obbligazione naturale, e che negli esempi riferiti vi è luogo a tal ritenzione, ma non in tutti i casi nei quali quella *retentio* è lecita, esiste obbligazione naturale. Infatti, negli esempi riferiti non vi ha neppure obbligazione naturale; e la *soluti retentio* che la legge ammette in essi, deriva da un dovere etico, che rende immorale la domanda di restituzione. Ugualmente, il padre che paga i debiti contratti dal figlio per occasione del peculio, e li paga oltre le forze del

peculio, non può ripetere il pagato (fr. 11, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6) ma non perchè fosse *naturalmente obbligato* (fr. 30, § 4, *Dig. de peculio*, XV, 1). Chi gode del *beneficium competentiæ*, e nonostante paga l'intiero debito, non può ripetere quello che avrebbe potuto ritenere; ma anche in tal caso ciò non deriva da un' *obbligazione naturale* di pagar l'intiero (vedi SAVIGNY. *Delle Obbligazioni*, vol. I, § 12).

§ 234. Le cause per le quali un'obbligazione non è civile, sibbene naturale soltanto, sono tre:

1° Le qualità delle persone, fra le quali intercede il rapporto obbligatorio.

2° Il modo col quale fu concluso quel rapporto.

3° Fatti sopravvenuti che spogliano l'obbligazione civile della sua forza e la rendono naturale.

1° *Qualità delle persone.*

Il padre ed il figlio di famiglia, essendo, quanto ai diritti patrimoniali, considerati come una sola persona dal diritto civile, non è ammessa un' obbligazione civile fra loro, bensì un' obbligazione *naturale* soltanto (fr. 38, § 1 e 2, *Dig. de condict. indeb.*, II, 16). Lo stesso ripetasi di due fratelli, sottoposti contemporaneamente alla medesima patria potestà (fr. 38 *pr.*, § 1 e 2, *Dig. eod.*). Il pupillo, che in generale è incapace di obbligarsi *civilmente* per convenzione senza l'*auctoritas* del tutore, *naturalmente* rimane obbligato; almeno secondo l'opinione del maggior numero dei Romani Giureconsulti. - Il minore di 25 anni si obbligava *naturalmente*, se concludeva da se solo delle convenzioni, che non fossero civilmente valide senza il consenso del curatore. - Lo schiavo mancando di capacità giuridica, non poteva figurare come tale in obbligazioni civili; tuttavolta poteva divenire creditore del padrone *naturalmente*, se questi l'avesse permesso, e poteva contrarre debiti, o col padrone o con estranei, debiti che valevano del pari solo *naturalmente* (vedi libro I, § 27, lett. *a*, SAVIGNY, *Sist. di D. Rom.*, Append. IV). Il figlio di famiglia che prende denaro a mutuo ha una *exceptio Senatusconsulti Macedoniani*, che lascia intatto il vincolo naturale (*naturalis obligatio tantum*), ma paralizza l'azione civile. Il creditore è dunque, nella condizione stessa di un creditore naturale (fr. 9, § 4, 5; fr. 10, *Dig. de Senatusconsulto Macedoniano*, XIV, 6).

2° *Modo di conclusione.*

Per l'efficacia civile delle obbligazioni, il diritto Romano richiedeva che fossero concluse con certe forme, senza le quali esse avrebbero potuto avere efficacia secondo il diritto delle genti, non secondo il diritto civile. Dagli scrittori odierni l'insieme di quelle forme, si chiama *causa civilis*, titolo ricavato dal fr. 49, § 2, *Dig. de peculio*, XV, 1. L'obbligazione cui mancasse la *causa civilis*, e cui nè il pretore nè le costituzioni imperiali avessero attribuito, come mezzo per farla valere, un'azione, avrebbe prodotto tutti gli effetti che abbiamo enumerato quali effetti di un' obbligazione naturale (vedi sopra, § 231), ma non già un'azione. Dicevasi *pactio, pactum, nudum pactum* (fr. 7, § 4 e § 7, *Dig. de pactis,* II, 14), in contrapposto a *contractus;* che era l'obbligazione, la quale avendo *causa civilis*, produceva azione. Ma di ciò, più diffusamente in seguito.

3° *Fatti soprovvenuti.*

Questi fatti sopravvenuti che spogliano la obbligazione *civile* della sua forza, e la riducono ad obbligazione *naturale*, sono la *confusio*, la *capitis diminutio*, la *litis contestatio*, la *praescriptio*. (Vedi il nostro *Trattato delle obbligazioni.* Pisa, Litografia Bertini, anno 1864, pag. 107).

B) OBBLIGAZIONI CIVILI.

§ 235. Obbligazione civile è quella che si fonda sul diritto civile, o che, sebbene proveniente dal diritto delle genti, è stata riconosciuta dal diritto civile, obbligazione dalla quale nasce sempre un'azione (*Instit. pr., de obligat.*, III, 13). Dicemmo poco sopra, che le obbligazioni civili, secondo che ripetevano la loro origine o dal diritto civile propriamente detto, o dal diritto onorario, si suddividevano in *obligationes civiles* nel senso più limitato dell'espressione, ed in *obligationes honorariæ, seu prætoriæ* (*Instit.,* § 1, *de obligat.,* III, 13; fr. 52 *pr.,* § 6, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7); or bene, le *obligationes civiles*, nel significato più limitato dell'espressione, si suddistinguevano in:

a) *obligationes legibus constitutæ,*

b) *obligationes jure civili comprobatæ.*

a) *Obligationes legibus constitutæ*,

ossia obbligazioni assolutamente estranee al diritto delle genti, che si fondavano sul preciso disposto del diritto Romano (*Instit.*, *pr.*, § 1, *de obligat.*, III, 13). Fra queste venivano specialmente le *obligationes stricti juris*, delle quali dovremo trattare in seguito. Tali obbligazioni non erano valide di fronte al diritto delle genti, ma dal diritto civile avevano un' azione: erano *obligationes mere civiles*. Tuttavolta, nei casi in cui sembravano enormi, ed assolutamente inique (*si iniquum foret reum condemnari*), il pretore accordava al debitore un' eccezione perpetua (*perpetua exceptio*), che paralizzava l'azione, e la faceva mancare di qualsiasi efficacia. Per esempio: secondo i principii rigorosi del diritto civile Romano, tuttociò che con le forme della *stipulatio* era stato promesso, sebbene promesso sotto l'impressione di un costringimento psicologico, per timore insomma, doveva essere pagato; conciossiachè secondo i principii della stoica filosofia, *coacta voluntas, est voluntas* (fr. 21, § 5, *Dig. quod metus causa*, IV, 2), ma al pretore sembrando iniquo che in tali emergenze l'obbligazione sortisse effetto, dava al debitore una *exceptio perpetua* (nel caso esemplificato, l'*exceptio quod metus causa*), che paralizzando l'azione rendeva, come sopra abbiamo detto (§ 232), inane ed inefficace l'obbligazione, *inanis, inefficax* (Gajo, IV, 116, 117; *Instit., de exceptionibus,* IV, 13).

b) *Obligationes jure civili comprobatæ*,

vale a dire quelle obbligazioni, che avevano il loro fondamento nella ragione naturale, e che dal diritto delle genti erano passate nel diritto civile Romano, il quale le aveva riconosciute e rivestite di un' azione per farle valere. Le obbligazioni di questa categoria, (talora nelle fonti dette *naturales,* ma perchè derivanti dalla ragione naturale e quindi dal diritto delle genti fr. 1, *Dig. locati,* XIX, 2; fr. 5, *Dig. de just. et jure,* I, 1; *Instit.*, § 2, *de jure nat. gent. et civ.,* I, 2), da alcuni commentatori sono chiamate *obligationes mixtæ*, perchè ambedue i diritti, il civile e quello delle genti, concorrono a dare loro efficacia. A questa categoria di obbligazioni appartengono quasi tutti i contratti reali

ed i consensuali, cioè quelle obbligazioni che si contraggono *re*, o *consensu*; ed i patti che si dicono *legittimi*.

§ 236. Considerate per riguardo:

II. Alla loro *sussistenza*, le obbligazioni si distinguono: in *principali* ed *accessorie*.

a) Obbligazioni *principali*, sono quelle che sussistono di per sè, che hanno in sè sole la loro ragione di essere.

b) Obbligazioni *accessorie*, sono quelle che non possono sussistere di per sè, che ne presuppongono altre, cui aderiscono e sono relative (fr. 95, § 3, *Dig. de solut.*, XLVI, 3; *cost.* 26 *pr.*, *Cod. de usuris*, IV, 32).[1]

§ 237. Considerate per riguardo:

III. All'*obietto* loro, le obbligazioni si distinguono:

a) In obbligazioni *determinate e indeterminate.*

b) *Pro rata*, e *in solidum.*

c) *Divisibili* e *indivisibili.*

§ 238. *a*) *Determinate*, sono quelle in cui il *quid*, il *quale* il *quantum* della prestazione che ne è obietto, è stato direttamente ed assolutamente stabilito. *Indeterminate*, se invece è stabilito relativamente, ed abbisogna di una più speciale ricerca (fr. 53; fr. 74 e 75, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Fra le obbligazioni determinate vengono le *obligationes certi*, e specialmente quelle che hanno per oggetto la prestazione di una determinata somma di danaro (*Instit. pr.*, *de verb. oblig.*, III, 15; fr. 6 e 9, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1; fr. 1, *Dig. de condict. tritic.*, XIII, 3), e fra le indeterminate vengono le *alternative* e le *facoltative*. Quando il debitore è obbligato a pagare *più cose, tutte ugualmente dovute*, l'obbligazione è *cumulativa*; ma se invece è obbligato a pagare *una di più cose*, la obbligazione è *alternativa*. Nelle obbligazioni *alternative* la scelta (se non è stato espressamente pattuito il contrario) appartiene al debitore (fr. 25, *pr.*, fr. 34, § 6, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 10, § 6, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3): ed a ragione, perchè l'obbligazione essendo un vincolo alla libertà, si deve favorire la liberazione, il che appunto si consegue accordando al debitore la scelta. Operata la scelta, non havvi più luogo a pentimento (fr. 112, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Se una delle cose alternativamente promesse, perisse per *colpa del de-*

[1] Concordano in sostanza gli articoli 1210, 1899.

bitore, egli dovrebbe necessariamente dar l'altra, quando a lui fosse spettata la scelta (fr. 95, § 1, *Dig. de solut.*, XLVI, 3); ma se tale scelta fosse appartenuta al creditore, questi potrebbe esigere o la cosa che restò, o la stima di quella che perì (fr. 55, *Dig. ad legem Aquil.*, IX, 2). Qualora una delle cose alternativamente promesse, perisse per colpa del creditore, il debitore è liberato se la scelta spettava al creditore (fr. 105, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 95 *pr.*, *Dig. de solut.*, XLVI, 3); e se la scelta spettava al debitore, questi può tenersi per liberato, oppure può dare la cosa che rimane, e chiedere la stima di quella che perì per colpa del creditore (fr. 105, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 55, *Dig. ad leg. Aquil.*, IX, 2).[1] Sarebbe un errore confondere le obbligazioni *alternative*, di cui ora abbiamo parlato, con le obbligazioni *facoltative*. In quest'ultime il debitore ha il diritto di sostituire, nel momento in cui eseguisce la obbligazione, una altra cosa a quella promessa, sebbene una sola sia la cosa che deve essere data. Perita per caso fortuito la cosa, che il debitore si è obbligato a dare, egli è liberato, perchè la facoltà riserbatasi di consegnare altra cosa, in luogo di quella promessa,

[1] *Intorno* alle obbligazioni alternative il Codice nostro adotta in sostanza i *principii* del diritto Romano: ivi infatti si legge:

Nell'articolo 1177. – Chi ha contratto un obbligazione alternativa, si libera prestando una delle cose disgiuntamente comprese nell'obbligazione, ma non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra cosa.

Nell'articolo 1178. – La scelta appartiene al *debitore*, se non è stata espressamente concessa al creditore.

Nell'articolo 1179. – L'obbligazione è semplice, quantunque contratta in modo alternativo, se una delle due cose promesse non poteva formare oggetto della obbligazione (concordano i fr. 16 e 128, *Dig. de verb. obligat.*)

Nell'articolo 1180. – L'obbligazione *alternativa* diviene *semplice*, se una delle due cose promesse perisce, o non può più essere consegnata, quantunque ciò accada per colpa del debitore. Il prezzo della cosa (perita) non può essere offerto in luogo della medesima. Se ambedue le cose sono perite, e il debitore è in colpa riguardo ad una di esse deve pagare il prezzo di quella che perì l'ultima. – Si avverta che in quest'articolo 1180 si suppone che la *scelta appartenga al debitore.*

Nell'articolo 1181. – Quando nei casi espressi nel precedente articolo, la *scelta fu accordata nella convenzione al creditore*, se una soltanto delle cose è perita, ma senza colpa del debitore, il creditore deve ricevere quella che resta; ove il debitore sia in colpa il creditore può chiedere la cosa rimasta o il prezzo della cosa perita. Se ambedue le cose sono perite, e il debitore è in colpa relativamente ad ambedue o anche ad una sola, il creditore può domandare il prezzo dell'una o dell'altra a sua scelta.

Nell'articolo 1182. – Se le due cose sono perite senza colpa del debitore e prima che egli fosse in mora, l'obbligazione è estinta in conformità dell'articolo 1298.

Nell'articolo 1183. – Queste regole si applicano ai casi nei quali più di due cose sono comprese nell'obbligazione alternativa.

non l'obbliga a sostituire alla cosa perita, un'altra; sostituire è per lui una facoltà, un vantaggio, che non può convertirsi in un onere, in un obbligo.

§ 239. *b) Obbligazioni pro rata.* Ogni obbligazione suppone necessariamente un debitore ed un creditore; ma possono esistere insieme più debitori o più creditori della stessa prestazione. Per regola ognuno fra questi più debitori e creditori, è tale per una quota virile, vale a dire se sono tre, ognuno è debitore o creditore per un terzo; se quattro per un quarto, e così va discorrendo (fr. 11, § 1, 2, *Dig. de duob. reis*, XLV, 2; *cost.* 5, *Cod. si certum petat.*, IV, 2; fr. 40, § 2, 3, *Dig. de damno inf.*, XXXIX, 2; fr. 43, *Dig. de re judic.*, XLII, 1; *Nov.* 115, cap. 6, e *Auth. Si quando Cod. de constit. pecun.*, IV, 18). Quest'obbligazione dicesi *pro rata*, o *in partem*. Ma talvolta ognuno dei più creditori può esigere la totalità del credito (il *solidum*), oppure ognuno dei più debitori può essere obbligato a pagare la totalità del debito (il *solidum*), in maniera per altro, che il credito non possa essere esatto più di una volta. Allora dicesi, che vi è obbligazione in *solidum* o *solidale*. In diritto Romano si distinguono due specie di obbligazioni *solidali*: *α*) le *correali* *β*) le *solidali propriamente dette*.

α) L'obbligazione *correale* consta di un solo vincolo di gius, benchè più sieno le persone od i subietti, che o come debitori o come creditori vi compariscono; *plures personæ, una obligatio*: tale è il suo carattere distintivo: obiettivamente è una sola obbligazione, sebbene più ne sieno i subietti: è dunque obiettivamente semplice, subiettivamente multiplice (*Instit.*, § 1, *de duob. reis stipulandi*, III, 16; fr. 3, § 1, *Dig. de duob. reis. const.*, XLV, 2; fr. 16, *Dig. de accept.*, XLVI, 4). Le voci *correale*, *correalità* derivano da *correus*. - Chi interveniva in un contratto dicevasi *reus*: *reus stipulandi*, se vi interveniva come creditore; *reus promittendi* se come debitore; quando più vi intervenivano con la stessa veste, si dicevano *duo vel plures rei promittendi, vel credendi*; ed Ulpiano per esprimere più brevemente questa idea, adoperò la voce *correi* (fr. 3, § 3, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3), onde dagli interpreti furono poi adoperate le locuzioni *correi promittendi* per esprimere la correalità *passiva*, vale a dire di *debito*; e *correi stipulandi* per esprimere la correalità *attiva*, vale a dire di *credito*. L'obbligazione

correale, essendo obiettivamente *una*, qualunque fatto che risguardi l'essenza obiettiva della medesima, sebbene emani da un solo degli interessati, ha effetto anche per gli altri. Per conseguenza, tutti i fatti che distruggono l'essenza obiettiva dell'obbligazione, come il pagamento, l'accettilazione, la novazione, il giuramento, la *litis contestatio* ec., sebbene relativi ad un solo dei correi, distruggono l'obbligazione per tutti. Lo stesso non potrebbe dirsi di quei fatti relativi alla persona di uno dei correi; tutto ciò che attiene ai rapporti subiettivi di un correo, si limita a lui solo, come la *capitis diminutio*, la *in integrum restitutio*, la confusione, ed il legato di liberazione. Questi fatti non hanno nessun effetto per riguardo agli altri correi, perchè non si riferiscono all'essenza obiettiva dell'obbligazione. (Vedi SAVIGNY, *Delle obbligaz.*, tom. I, § 18, 19). L'obbligazione correale essendo *una* obiettivamente, è anche *pariforme* per tutti i subietti che vi figurano, deve essere cioè per tutti una obbligazione *uguale*, imperocchè la disuguaglianza escluderebbe l'unità (fr. 9, § 1, 2, *Dig. de duob. reis*, XLV, 2). Si osservi per altro, che con questo non intendiamo dire, essere impossibile qualsiasi minima differenza nell'obbligazione dei correi; anzi il credito o il debito di uno può avere un termine lungo, può essere condizionale, mentre il debito od il credito dell'altro, può avere un termine più breve ed essere puro (fr. 7, *Dig. de duob. reis*, XLV, 2); il debito dell'uno può essere principale, il debito dell'altro accessorio.

La *correalità* deriva o dalla volontà del testatore, o dalla convenzione o da sentenza. (Vedi SAVIGNY, *Delle obbligazioni*, vol. I, § 17).

β) L'obbligazione *solidale propriamente detta* (che il Savigny chiama *correale impropria*) presuppone più persone, che debbano tutte prestare la stessa cosa in intiero, ma in forza di tanti vincoli di gius quante sono quelle persone, vincoli di gius i quali sebbene sieno più, nascono tutti dal medesimo fatto obbligatorio. L'obbligazione solidale propriamente detta occorre soltanto come *passiva* non già come *attiva*. Non occorrono mai *creditori solidali* (vedi SAVIGNY, *op. cit.*, vol. I, § 20). Esistono tante obbligazioni obiettive, quante sono le persone, sebbene queste obbligazioni abbiano il medesimo oggetto, il medesimo scopo. Obiettivamente esistono più obbligazioni, ma siccome hanno uno stesso scopo, si considerano come una sola; queste più obbligazioni obiettive sono *alter-*

native: per l'estinzione di una di esse, le altre pure si estinguono; così, pagato il creditore da uno dei debitori solidali, tutti gli altri sono liberati, perocchè l'equità non permetta che il creditore pagato che sia una volta da uno dei debitori, possa farsi pagare una seconda, una terza, od un maggior numero di volte dagli altri. Qualunque fatto diverso dal pagamento del creditore, e dai suoi rigorosi equivalenti, che estinguesse l'una di queste più obbligazioni, non estinguerebbe le altre. Le obbligazioni *correali* e le obbligazioni *solidali* hanno dunque di comune soltanto la circostanza che in ambedue un solo pagamento è dovuto; e questo libera tutti i debitori correali o solidali (vedi SAVIGNY, *op. cit.*, § 16 e 20).[1]

§ 240. *c*) Obbligazioni *divisibili* sono quelle che possono essere adempiute con prestazioni parziali, fatte a ciascuno dei più concreditori, o da ciascuno dei più condebitori. - *Indivisibili* sono quelle, in cui questa prestazione parziale non è ammessa. Si avverta, che quando in un rapporto obbligatorio esistono un solo creditore ed un solo debitore, il creditore non ha l'obbligo di ricevere delle prestazioni parziali; l'adempimento parziale dell'obbligazione può essere da lui rifiutato, egli ha diritto di esigere un adempimento integrale. Esiste dunque, sempre indivisibilità dell'obbligazione fra un solo creditore ed un solo debitore; la differenza fra divisibilità e indivisibilità si rivela soltanto quando esistono più concreditori, o più condebitori.

[1] Il Codice civile non distingue obbligazioni *correali* da obbligazioni *solidali*, o *correali improprie*. Pel Codice nostro non vi sono che obbligazioni *in solido*, le quali sono in sostanza le obbligazioni *correali romane*, ma fra persone unite fra loro col vincolo della società, ossia fra correi che sieno anche *soci*.

Tanto per diritto Romano quanto pel Codice nostro queste obbligazioni non si presumono *in materia civile*.

L'obbligazione in solido (dice l'articolo 1188) non si presume, deve essere stipulata espressamente. Questa regola si limita nei casi nei quali l'obbligazione in solido ha luogo *di diritto*, in forza della legge (art. 1188, capoverso).

Tali casi sono i seguenti:

1° Chi contrae matrimonio con donna vedova senza che questa abbia in precedenza ottenuto dal consiglio di famiglia l'autorizzazione a seguitare nella amministrazione dei beni dei figli di primo letto, diviene *responsabile in solido* con essa della amministrazione esercitata pel passato, e di quella indebitamente conservata (art. 238). E sebbene essa sia mantenuta dal consiglio di famiglia nella amministrazione dei beni, o vi sia rimessa, il suo secondo marito si intende sempre associato a lei nell'amministrazione, e ne diviene responsabile *in solido* (art. 239).

2° Il tutore nominato dal genitore, il tutore legittimo, e quei parenti che per legge sono membri del consiglio di famiglia, debbono, *sotto pena dei danni in solido*, denunziare al pretore il fatto che dà luogo alla tutela (art. 250, capoverso 1°).

3° Più esecutori testamentari sono tenuti in *solido* a render conto dei beni

I giureconsulti romani consideravano le obbligazioni come divisibili o indivisibili, secondo che la *cosa* che doveva essere

mobili loro affidati se il testatore non ha diviso le loro funzioni, e ciascuno di essi non si è ristretto a quella che gli fu affidata (art. 940).

4° Più persone imputabili di delitto o quasi delitto sono *tenute in solido* al risarcimento del danno cagionato (art. 1156).

5° Più mandanti che conferiscono un mandato per un *affare comune*, sono tenuti *in solido* verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato (art. 1756).

6° Più comodatari che prendono *unitamente* a prestito *la cosa stessa*, ne sono obbligati *in solido* verso il comodante (art. 1814).

Più fideiussori che hanno fatto sicurtà per un *medesimo debitore* e per *uno stesso debito*, sono ciascuno obbligati per *l'intero debito* (art. 1911), ma godono del benefizio della divisione (art. 1912).

Il diritto Romano invece riconosceva una *correalità impropria* o *solidalità* fra più condelinquenti relativamente all'obbligo dell'indennità, fra più depositari, comodatari e conduttori della cosa stessa, e fra più contutori (Vedi SAVIGNY, *Trattato delle Obbligazioni*, vol. I, § 20). Ognuno di più confideiussori avrebbe potuto essere obbligato a pagare il *solidum*, ma *ex epistola divi Adriani* goderono del *beneficium divisionis;* ognuno di essi poi era debitore correale col debitore principale; se non che questa obbligazione correale essendo una obbligazione anche *accessoria*, non andava sottoposta a tutte le regole della correalità (vedi SAVIGNY, op. cit., § 25 in fine). In diritto Romano obbligazione *correale impropria*, ossia solidale, finalmente esisteva ancora fra coloro contro i quali potevano sperimentarsi le azioni *adjectitiae qualitatis* (SAVIGNY, loco citato). Ciò premesso esaminiamo gli effetti delle obbligazioni in solido, sia attive sia passive, di fronte al Codice nostro.

I. Per l'articolo 1184 l'obbligazione è in solido verso più creditori, quando il titolo attribuisce espressamente a ciascuno di essi il diritto di *chiedere* il pagamento dell'intiero credito, ed il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore, ancorchè il benefizio della obbligazione si possa dividere fra i diversi creditori.

Il debitore ha la *scelta* di pagare *l'intiero debito* all'uno o all'altro dei creditori in solido, *quando non sia stato prevenuto* da uno di essi con giudiciale domanda (art. 1185).

Ma il creditore che riscuote l'intiero credito ha, a nostro credere, (sebbene il Codice non lo dica espressamente) l'obbligo di dividere con gli altri il benefizio dell'obbligazione, ossia ciò che ha riscosso. Senza dubbio se l'affare per cui fu contratta l'obbligazione in solido non riguardasse in realtà che uno solo dei creditori in solido, e questi avesse chiesto ed ottenuto il pagamento dell'intiero credito (per esempio egli fosse il solo e vero creditore, e gli altri che compariscono come suoi concreditori non fossero in realtà che suoi mandatari ad esigere) il benefizio dell'obbligazione non dovrebbe dividersi; e costui che riscosse potrebbe ritenere per se solo tutto il riscosso; ma prescindendo da questo caso, (raro ad avvenire, oggi che è lecito senza ricorrere alla forma della correalità creare un estraneo nostro mandatario ad esigere) il benefizio dell' obbligazione si ha da dividere fra i più concreditori in sòlido. Ciò si può argomentare, oltre che dal principio della uguaglianza, e da quanto è deciso dal Codice relativamente ai debitori in solido, ancora dalle seguenti disposizioni; dalle quali resulta che il nostro legislatore ha voluto impedire che l'uno dei creditori in solido pregiudichi agli altri.

La remissione del debito fatta da *uno solo* dei creditori in solido, non libera il debitore *se non per la porzione* di questo creditore (art. 1185, capov.) e parimente il giuramento deferito *da uno* dei creditori in solido al debitore non lo libera che per la *porzione* dovuta a quel creditore (art. 1373 che contradice al fr. 28, *Dig. de jurejur.*).

Qualunque atto poi che *interrompa* la prescrizione a favore di uno dei creditori in solido, giova ugualmente agli altri creditori (art. 2131, col quale concorda la cost. 5, *Cod. de duob. reis*). Ma la *sospensione* della prescrizione a favore di uno dei creditori in solido non giova agli altri (art. 2122).

Del resto poche sono le disposizioni del Codice nostro relative *ai più cre-*

data, o il *fatto* che doveva essere *eseguito o non eseguito*, erano suscettivi di divisione.

A) Quindi consideravano *come divisibili* tutte le obbligazioni

ditori in solido, conciossiachè raro è che occorrano in pratica; ma numerose disposizioni contiene relativamente ai più debitori in solido.

II. Per l'articolo 1186 l'obbligazione è *in solido per parte dei debitori*, quando sono obbligati ad *una medesima cosa*, in maniera che ciascuno possa essere costretto al pagamento per la totalità, ed il pagamento eseguito da uno solo liberi gli altri verso il creditore. In questa definizione, non molto felice, *l'unità del vincolo*, che è il carattere distintivo della obbligazione in solido, è imperfettamente espressa con l'idea dell'*identità della cosa* alla quale i più debitori si sono obbligati; ma bisogna confessare che lo stesso difetto occorre nelle Istituzioni imperiali al § 1, tit. *de duobus reis* nelle celebri parole *una res vertitur*, difetto in cui non incorse Ulpiano che chiaramente esprime l'idea dell'*una obligatio, plures personæ* (fr. 3, § 1, *Dig. de duob. reis*).

Ancora pel Codice nostro, come per diritto Romano, l'*unità del vincolo* esiste, e per conseguenza la obbligazione è in solido, sebbene l'uno dei debitori sia obbligato in modo diverso dall'altro al pagamento della medesima cosa; attalchè l'uno può essere obbligato sotto condizione o a termine, l'altro puramente e semplicemente, o senza apposizione di termine (art., 1187, col quale concorda il fr. 7, *Dig. de duob. reis*).

Ogni debitore in solido può essere dal creditore comune obbligato a pagare l'intiero debito; il creditore cioè può rivolgersi contro uno fra i debitori in solido a sua scelta, nè lice al debitore escusso opporre il benefizio della divisione (art. 1189; che concorda coi principii del diritto Romano, ai quali non crediamo in questa parte derogasse la Novella 99. Vedi Savigny, *Delle obbligazioni*, vol. I, § 26).

Per altro il debitore che ha pagato, ha regresso contro gli altri, giacchè per l'articolo 1198 l'obbligazione contratta in solido verso il creditore *si divide fra i debitori;* questi non sono *fra loro* obbligati, se non ciascuno per la sua parte. Ciò appunto avveniva in Roma quando i debitori correali eran *fra loro soci;* con l'*actio pro socio* quegli fra loro che pagava esercitava il suo regresso contro gli altri correi di debito suoi *soci*. Il Codice nostro stabilisce questo regresso fra tutti i debitori in solido, sieno o no fra loro in rapporto di società. Secondo il Savigny, negli ultimi stadi del diritto Romano, tale regresso sarebbe stato conceduto (fingendo avvenuta la cessione delle azioni spettanti al creditore) a favore di quello dei correi di debito che lo pagò, ed il quale d'altronde avrebbe avuto diritto di costringere il creditore a cedergli quelle azioni nel momento che gli chiedeva il pagamento (Savigny, op. cit., § 23).

Le istanze giudiciali promosse contro uno dei debitori, non tolgono al creditore il diritto di promuoverne altre simili contro gli altri debitori (art. 1190), vale a dire che l'azione del creditore *non si consuma per la contestazione della lite* con uno dei debitori in solido; egli non soltanto può escutere quale vuole fra i più debitori, ma può anche dopo averne infruttuosamente escusso l'uno escutere l'altro (concorda la cost. 28, *Cod. de fidejus.*, con la quale Giustiniano modificò gli antichi principii relativi alla *litis contestatio* in questa materia). Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno dei condebitori, conserva la sua azione in solido contro gli altri per l'intiero credito (art. 1195), in altri termini lice al creditore rinunziare di fronte ad uno dei debitori in solido al diritto di esigere tutto il debito, e ritenerlo debitore soltanto per parte; questa rinunzia alla solidalità di fronte ad uno dei debitori in solido, non fa cessare la solidalità del debito degli altri.

Il creditore che riceve separatamente la parte di uno dei debitori senza riservarsi nella quietanza, l'*obbligazione in solido*, *o i suoi diritti in generale*, non rinunzia all'obbligazione in solido, se non riguardo a questo debitore (art. 1196), non si deve cioè presumere una rinunzia tacita alla solidalità degli altri.

Non si presume neppure che il creditore abbia liberato il debitore dal-

che avevano per obietto il *dare* una *cosa corporale*. E le avevano per divisibili, abbenchè *materialmente fosse indivisibile* la cosa che doveva essere data, perchè se non *materialmente*, è sempre

l'obbligazione in solido, quando ha ricevuto da questo una somma uguale alla sua parte, se la quietanza non dichiara che la riceve per la sua parte (art. 1196, capoverso 1°).

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno dei condebitori per la sua parte, se questi non vi ha aderito, o se non è stata pronunziata una sentenza di condanna (art. 1196, capoverso 2°). Laonde se il condebitore escusso non già per l'intiero, ma per la sua parte, avesse accettato la divisione dell'obbligazione, e così la renunzia alla solidalità a suo riguardo, o se una sentenza avesse canonizzato questa renunzia, non sarebbe più lecito al creditore di pentirsi.

Se la cosa dovuta fosse perita per colpa o durante la mora di uno o più debitori in solido, gli altri condebitori non restano liberati dall'obbligo di pagare il prezzo, ma non sono tenuti al risarcimento dei danni. Il creditore può ripetere tale risarcimento soltanto dai debitori per colpa dei quali la cosa è perita o che erano in mora (art. 1191). In diritto Romano il fatto positivo di uno dei debitori in solido che impediva l'adempimento della obbligazione nuoceva ancora agli altri, (fr. 18, *Dig. de duob. reis*) ma non la *mora; giusta* il principio *unicuique sua mora nocet* (fr. 173, § 2, *Dig. de reg. juris*, fr. 32, § 4, *Dig. de usuris*).

Una essendo l'obbligazione dei più debitori in solido, qualunque avvenimento che distrugga l'entità obiettiva dell'obbligazione, deve liberare tutti i condebitori solidali (fr. 19, *Dig. de duob. reis*).

Di qui deriva che, come abbiamo veduto, il pagamento eseguito da un condebitore libera gli altri. La novazione equivale al pagamento: *similis est solutioni* (fr. 31, § 1, *Dig. de noval.*); laonde (come dichiara l'articolo 1277) se il creditore fa novazione dell'obbligazione con uno dei debitori in solido, tutti gli altri condebitori rimangono liberati. Il giuramento pure tien luogo di pagamento (fr. 27 e 28, § 1, *Dig. de jurejur.*), laonde se il creditore deferisce il giuramento ad uno dei debitori in solido e questi giura (la non esistenza del debito), tal giuramento giova agli altri (art. 1373 che concorda col fr. 28, § 3, *Dig. de jurejur.*).

Ma se il creditore con atti interruttivi della prescrizione, la interrompe verso uno dei debitori in solido, la interrompe anche verso gli altri, e viceversa la ricognizione fatta da uno di questi debitori interrompe la prescrizione per tutti gli altri, ed anche contro i loro eredi (art. 2130). E la domanda degli interessi proposta contro uno dei debitori in solido fa decorrere gli interessi riguardo a tutti (art. 1192 col quale concorda la *cost.* 5, *Cod. de duob. reis*).

Il creditore il quale dichiarando di rimettere il debito a vantaggio di uno dei debitori in solido non vuole liberare gli altri, *deve espressamente riservarsi* i suoi diritti contro di essi, ma in tal caso non può ripetere il credito se non con la detrazione della parte di colui al quale ha fatto la remissione. Così dispone l'articolo 1281, pel quale la remissione del debito viene dunque *per regola* trattata come l'*acceptilatio* del diritto Romano, e non come il *pactum de non petendo* (vedi i fr. 13 § 12; fr. 16, *Dig. de acceptil.;* fr. 3, § 3, *Dig. de lib. leg.*, fr. 12, § 3, *Dig. de inoff. testam.*); l'eccezione per altro che questo articolo appone alla regola, è affatto estranea al diritto Romano.

Il debitore convenuto dal creditore può opporre tutte le eccezioni che gli sono *personali*, e quelle pure che sono *comuni* agli altri condebitori. Ma non può opporre le eccezioni che sono *personali* ad alcuno degli altri condebitori (art. 1193). Laonde potrà il debitore escusso opporre o la nullità dell'obbligazione, o il pagamento effettuato, o la novazione, o il giuramento, o la rinunzia, o la prescrizione, che sono senza meno eccezioni generali e comuni a tutti i condebitori; potrà anche opporre la compensazione di quanto il creditore deve a lui debitore in particolare, o la divisione del debito acconsentita dal creditore a suo favore (art. 1195), o la rinunzia del creditore all'obbligazione in solido riguardo a lui, conseguenza del ricevimento separato della

divisibile in *quote intellettuali*, ed ogni comproprietario può trasferire la quota intellettuale di proprietà, che ha sulla cosa (fr. 2, § 3, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 54, *Dig. eod.*, fr. 9, § 1, *Dig. de solut.*, XLVI, 3). Avevano per divisibili, (checchè possa sembrare a prima giunta), non soltanto le obbligazioni che avevano per obietto *il dare* più oggetti compresi nel medesimo genere (*genus*), p. e., il dare quattro cavalli, (fr. 54 *pr.*, fr. 117, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 29, *Dig. de solut.*, XLVI, 3),

sua parte di debito (art. 1196): queste ed altre che è facile immaginare, sono eccezioni a lui personali; ma non potrà opporre, per esempio, l'incapacità personale ad obbligarsi del suo condebitore, perchè questa sarebbe un eccezione *personale* dell'altro condebitore.

Il debitore in solido non può opporre la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore, se non sino a concorrenza della parte dello stesso condebitore (art. 1290). Lo stesso avveniva per diritto Romano fra debitori correali, *fra loro soci*, relativamente alla compensazione (fr. 10, *Dig. de duob. reis*).

La *confusione* nella persona di uno dei debitori in solido, non profitta ai suoi condebitori se non per la porzione di cui era debitore (art. 1297, capoverso 2°). Parimente quando uno dei debitori diviene erede del creditore, o quando il creditore diviene erede di uno dei debitori, il credito in solido non si estingue in conseguenza della confusione, che per la porzione di quel debitore (art. 1195). I quali principii sulla confusione vigevano in diritto Romano fra debitori correali *soci* (fr. 71, *Dig. de fidejus.*).

Il condebitore in solido che ha pagato l'intiero debito non può ripetere dagli altri condebitori che la porzione di ciascuno di essi. Se uno di questi non fosse solvente, la perdita cagionata dalla sua non solvenza si repartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi, e sopra quello che ha fatto il pagamento. È questo un principio di giustizia, sanzionato dall'art. 1199; sarebbe iniquo che perchè questo condebitore pagò l'intiero debito, non dovesse risentire il danno della insolvenza di uno dei suoi condebitori. Si ricordi che nel sistema del Codice si considerano come soci i più condebitori in solido, e si riconoscerà la equità di questa disposizione.

Nel caso in cui il creditore ha rinunziato all'azione in solido verso uno dei debitori, se uno o più degli altri condebitori divengono insolventi, la porzione di questi è per contributo repartita tra tutti i debitori, ed anche fra quelli che sono stati precedentemente liberati dall'obbligazione in solido per parte del creditore (art. 1200). Ciò è ragionevole perchè il creditore rinunziando alla solidalità verso uno o più dei condebitori, non ha potuto nè voluto togliere loro il carattere di soci che avevano e che conservano, e pregiudicare così ai diritti degli altri.

Se l'affare per cui fu contratto il debito in solido non riguarda che uno degli obbligati in solido, questi è tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali relativamente ad esso non sono reputati che come suoi confideiussori (art. 1201). Si supponga per esempio che un creditore per garantire il suo credito abbia voluto che alla obbligazione del debitore accedessero più mallevadori, e per evitare che gli sia opposto il beneficio della divisione abbia richiesto che costoro si costituiscano inoltre suoi condebitori in solido: in tal caso egli è evidente che il creditore potrà escutere a sua scelta quale vorrà fra questi condebitori in solido, perchè di fronte a lui sono tutti debitori *in solidum*, ma fra loro sono confideiussori di un debitore principale; quindi su di questo debitore principale dovrà in ultima analisi ricadere tutto il peso dell'obbligazione, ed egli dovrà rimborsarli intieramente di quanto l'uno o più di essi pagarono per lui. Il caso di una convenzione in questi termini, è singolare e raro a verificarsi, ma di non meno rari casi analoghi si occupò la legislazione Romana (vedi il fr. 11, *Dig. de duob. reis*, e la *Nov.* 99).

ma eziandio quelle che avevano per obietto le obbligazioni di dare una cosa sola di un genere, p. e., un cavallo; e divisibili pure consideravano le alternative, p. e., l'obbligazione di dare un cavallo o un calesse (fr. 2, § 1, 4; fr. 85, § 4, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1). E di vero vediamo deciso, che se l'obbligazione è, p. e., di dare un cavallo (obbligazione di un *genus*) o di dare un cavallo o un calesse (obbligazione *alternativa*), ove più sieno i creditori o i debitori, ogni creditore può esigere la sua quota ideale, ed ogni debitore, può essere escusso parimente per la sua quota ideale (fr. 2, § 3; fr. 85, § 4, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1); di più l'accettilazione fatta ad uno dei più debitori per la sua parte, estingue questa parte di debito definitivamente (fr. 2, § 3, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 17, *Dig. de acceptilat.*, XLVI, 4). Se non che le obbligazioni di dare un solo oggetto di un *genus*, e le obbligazioni *alternative*, hanno questa specialità, che se uno dei debitori paga la sua quota, non è liberato *definitivamente*, finchè la rimanente quota non è pagata dagli altri (fr. 2, § 1, 2; fr. 85, § 5, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 26, § 13, 14, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6; fr. 15, *Dig. de legatis*, II; fr. 9, § 1, *Dig. de solut.*, XLVI, 3; fr. 34, § 10, *Dig. eod.*). Se così non fosse, il creditore si troverebbe esposto a non avere nell'esecuzione dell'obbligazione che ha per obietto una cosa di un *genus*, tutte le quote intellettuali della medesima cosa; e nelle obbligazioni alternative si troverebbe ad avere una quota di una delle cose alternativamente promesse, ed una quota dell'altra (vedi Savigny, *Obbligazioni*, § 32). Indivisibile è l'obbligazione *di dare* che ha per obietto una *servitù*. Pei romani giureconsulti l'obbligarsi a costituire una servitù era un obbligarsi *a dare* (fr. 2, § 1, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 19, *Dig. de servit. præd.*, VIII, 3), e le servitù essendo esse stesse *indivisibili* (se ne eccettua l'usufrutto), l'obbligazione di costituirle era pure indivisibile; laonde quest'obbligazione non poteva essere conclusa o estinta parzialmente (fr. 17, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 13, § 1, *Dig. de acceptilat.*, XLVI, 4), e l'uno dei comproprietari di un immobile non poteva stipularla da sè solo, perchè non aveva che una quota nella proprietà dell'immobile.

B) Eziandio fra le obbligazioni che hanno per obietto *un fare* (*faciendi obligationes*) alcune sono divisibili, altre non lo sono, secondo che è divisibile o indivisibile il fatto promesso.

Come *indivisibili* consideravano per questa ragione quelle che hanno per obietto il fare un'*opera* (*opus*) che non si può dire eseguita finchè non è compiuta; esempigrazia la costruzione di un edifizio, l'erezione di una statua, lo scavamento di un fosso, o altra analoga opera. Siccome il fatto non si può dire eseguito finchè l'opera non è compiuta, così i Romani consideravano questi fatti come indivisibili; e quindi dicevano indivisibile ancora l'obbligazione di eseguirli (fr. 80, § 1, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2; fr. 85, § 2; fr. 72 *pr.*, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1). Diversamente decidevano relativamente a quei fatti i quali hanno insito il carattere della *quantità*, e quindi della *divisione*. Questi, come divisibili, potevano essere obietto di obbligazioni divisibili: esempigrazia un certo numero di giornate di lavoro, o la costruzione di un dato numero di braccia di muro (fr. 15, § 1, *Dig. de op. lib.*, XXXVIII, 1; fr. 54, § 1, *Dig. de verb. obligat.*, XLI, 1). Del pari come obbligazioni divisibili consideravano le *faciendi obligationes* che avevano per obietto un atto giudiciario, esempigrazia l'accettilazione, o una stipulazione pretoria; e ciò perchè il debito accettilato *è divisibile,* e le stipulazioni pretorie danno diritto di esigere in caso di inesecuzione della promessa una somma di danaro, quale indennità, *somma che è divisibile.*

C) Nelle obbligazioni che hanno per obietto una omissione (*non faciendi obligationes*) i Romani giureconsulti espressamente dichiarano che esse sono divisibili o indivisibili, secondo che il fatto obietto delle obbligazione e dal quale bisogna astenersi è divisibile o indivisibile (fr. 4, § 1; fr. 85, § 3, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1). Così se taluno si è obbligato per sè e suoi a non impedire che lo stipulante passi pel fondo del promittente, l'obbligazione è indivisibile; perchè dopo la morte del promittente, o uno solo o più fra i suoi eredi oppongano ostacoli al passaggio dello stipulante, per costui è lo stesso; l'obbligazione che gl'importava fosse eseguita, è violata ugualmente, o lo sia da uno o da più. Questo *non facere* è dunque indivisibile, ed indivisibile per conseguenza la obbligazione che l'ha per obietto (fr. 4, § 1; fr. 85, § 3, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1). Per lo contrario se talaltro si è obbligato *amplius non agi,* cioè a non suscitare nuovamente una lite già intentata, ove il creditore venga a morte, la promessa si divide fra i suoi eredi; dacchè ognuno di questi non può sperimentare l'azione che per la *sua parte ereditaria,*

e per conseguenza non può violare la promessa che *pro parte* (fr. 4, § 1, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1): l'obbligazione del *non facere* è dunque qui divisibile.

Oltre le obbligazioni che sono *indivisibili,* perchè hanno per oggetto un fatto *indivisibile,* ve ne sono altre che ripetono il loro carattere di *indivisibilità* dalla volontà delle parti.

Tali sono le obbligazioni con clausula penale nelle quali questa clausula è apposta ad una prestazione promessa sotto condizione. Esempigrazia taluno promette 200 lire a titolo di penale pel caso in cui non consegnasse 10 cavalli della sua razza avanti la fine dell'anno. Se il promittente muore poco dopo la promessa e lascia due eredi, comunque l'uno di questi consegni 5 cavalli, qualora l'altro non consegni il rimanente dentro l'anno, la pena è incorsa, perchè la condizione è inadempiuta; la condizione non potendo considerarsi adempiuta se non lo è compiutamente (fr. 2, § 6; fr. 3; fr. 5, § 4, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1). La prestazione, l'inesecuzione della quale ha per conseguenza il fare incorrere nella penale, può essere di varia natura, sì divisibile come indivisibile, può consistere nel pagamento di una somma di danaro (fr. 25, § 13, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 5, § 3, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1), nella consegna di un immobile (fr. 44, § 5, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7; fr. 85, § 6, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1) nel compimento di un'opera, *opus* (fr. 44, § 6, *Dig. de obligat et act.*, XLIV, 7); ciò poco importa; la natura diversa di tal prestazione non ha in diritto Romano influenza sull'applicazione della pena. Siffatta prestazione è sempre indivisibile in questo senso, che è una condizione che deve impedire l'incorrere nella penale. La penale poi siccome è dovuta in contanti, per lo contrario è sempre divisibile, come lo sono tutti i debiti pecuniari (fr. 4, § 1, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 85, § 5, *Dig. eod.*).[1]

[1] Sulle obbligazioni divisibili e indivisibili il Codice nostro contiene disposizioni copiate, salvo poche correzioni, dal Codice civile francese, le quali dai compilatori del medesimo furono prese ad imprestito da Pothier, che spiegò un'assai oscura teorica del Molineo (*Dumoulin*) su questa materia. Un commento alle medesime si trova dunque, nel trattato delle Obbligazioni di Pothier (Parte 2, cap. 4, § 288, seg.). Il Codice nostro all'articolo 1202 chiama *indivisibile* l'obbligazione che ha per oggetto una *cosa* o un *fatto non capace di divisione*, ed eziandio quella che ha per oggetto una cosa o un fatto, il quale è bensì di sua natura divisibile, ma cessa di essere tale avuto riguardo al *modo in cui lo considerarono le parti contraenti*; aggiunge che ogni altra obbligazione è divisibile.

Quali cose e quali fatti sieno pel Codice incapaci di divisione non è detto. È

Vediamo adesso gli effetti della divisibilità e indivisibilità delle obbligazioni. Ripetiamo che la distinzione fra divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione non ha importanza quando nel rapporto obbligatorio vengono un solo creditore ed un solo debitore; imperciocchè il creditore non può essere costretto a ricevere un pagamento parziale (fr. 41, § 1, *Dig. de usuris,* XXII, 1), ed il debitore non può essere costretto ad un'esecuzione parziale della sua obbligazione (*argom. cost.* 10, *Cod. de judiciis,* III, 1). Sennonchè è da osservare che le parti possono se vogliono derogare per convenzione a questi principii; può cioè il creditore accordare al debitore di pagare a rate, ed allora se l'obbligazione è divisibile, ogni pagamento parziale libera il debitore *pro parte* (fr. 9, § 1, *Dig. de solut.*, XLVI, 3; fr. 2, § 2 e 3, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1), ma se l'obbligazione è indivisibile non può aver luogo parziale liberazione (cit. fr. 9, *Dig. de solut.*).[1]

Importante effetto ha la distinzione fra la divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione quando più sono i creditori o più i debitori, sia che questa pluralità esista fino da prima, sia che sopravvenga per la morte di un debitore o di un creditore che lascino più eredi.

da credere per altro che anche nel sistema del Codice la promessa di costituire una servitù prediale sia una obbligazione indivisibile vista la indivisibilità della servitù prediale stessa; ed i principii romani sulla indivisibilità dell'obbligazione di eseguire un'opera (*opus*) ci sembrano applicabili anche sotto il regime del Codice. L'articolo 1205 dichiara poi indivisibile fra gli eredi del debitore, l'obbligazione:

1° Quando sia dovuto un corpo determinato (disposizione che generalizza la regola che si legge relativamente al commodato nel fr. 3, § 3, *Dig. commodati*.

2° Quando uno solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell'*adempimento* dell'obbligazione (cioè del *pagamento*) salvo il suo regresso contro gli altri, che gli accorda l'art. 1208 in fine).

3° Quando risulti o dalla natura dell'obbligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto (come una *servitù*, un'*opera*) o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, essere stata intenzione dei contraenti che il debito non potesse soddisfarsi partitamente.

Nei primi due casi (cioè quando sia dovuto un corpo determinato, e quando uno solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell'adempimento della obbligazione) l'erede che possiede la cosa dovuta, o che è solo incaricato del pagamento del debito, e nel terzo caso ciascuno erede, può essere convenuto salvo il regresso contro i coeredi.

[1] Coerentemente a questi principii l'articolo 1246 dichiara; che il debitore non può costringere il creditore a ricevere un pagamento parziale, e l'art. 1204 dispone che l'obbligazione capace di divisione, deve eseguirsi fra il creditore ed il debitore come se fosse *indivisibile*. La divisibilità non è applicabile che riguardo ai loro eredi, i quali non possono domandare il credito, nè sono tenuti a pagare il debito che per le porzioni loro spettanti, o per quelle per cui sono obbligati come rappresentanti il creditore o il debitore.

a) Possono esistere fino da primo più creditori e più debitori. Se l'obbligazione è divisibile, ognuno fra i creditori ha diritto di esigere una parte del credito, ed ognuno dei debitori ha l'obbligo di pagarne una parte, proporzionale all'ammontare della respettiva quota di credito o di debito; ammenochè non sia convenuto fra le parti che ogni creditore potrà esigere il *solidum*, cioè l'intiero credito, ed ogni debitore potrà essere obbligato a pagare l'intiero debito; ma allora ricorrerebbero le regole delle obbligazioni *correali*, delle quali già abbiamo parlato.

b) Possono sopravvenire più creditori o più debitori, perchè il creditore o il debitore morirono lasciando più eredi. Se l'obbligazione è divisibile, il credito o il debito si divide *ipso jure* fra i più coeredi.

Ma che dire se l'obbligazione fosse *indivisibile*, e ciò tanto nel caso che la pluralità delle persone dei debitori e creditori sia primitiva (lett. *a*), quanto nel caso che sopravvenga (lett. *b*). Cominciamo dalla pluralità dei creditori.

1° Supponiamo che più comproprietari abbiano stipulato la costituzione di una servitù, p. e., di passo, a favore del fondo comune, o che più sieno gli eredi dello stipulante: Siccome la servitù è indivisibile, e non può chiedersene per conseguenza una parte, ognuno di quelli stipulanti, o di questi eredi, può agire pel *solidum*, cioè ognuno potrà chiedere la costituzione della servitù (fr. 2, § 2, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 17, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 25, § 9, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2). Nel sistema Romano più antico, ogni condanna ed ogni esecuzione avendo per obietto una somma di danaro, contro il promittente la servitù, si sarebbe ottenuto una condanna in una somma; la quale per altro sarebbe stata limitata alla quota d'interesse che il comproprietario attore avesse avuto alla costituzione della servitù (fr. 25, § 9, *Dig. de fam. ercisc.*, X, 2); gli altri comproprietari avrebbero potuto ottenere ognuno alla sua volta un' identica condanna (fr. 4, § 3, *Dig. si servit.*, VIII, 5). In seguito quando la condanna non fu più in una somma di danaro, ma fu invece nell' obietto dell' azione, il debitore sarebbe stato condannato a costituire la servitù appena escusso da uno degli stipulanti, o da uno degli eredi dello stipulante.

2° Lo stesso è da credere sarebbe avvenuto se più persone avessero stipulato a loro favore la costruzione di un'opera (*opus*) o se più fossero stati gli eredi dello stipulante l'opera; ognuno

cioè avrebbe potuto agire separatamente *in solidum*, per l'intiera opera, ma il debitore non sarebbe stato condannato che in una somma proporzionata all'interesse che l'attore avesse avuto nella costruzione dell'opera.[1]

3° Se più persone avessero stipulato dal medesimo debitore che egli non avrebbe impedito loro il passo sul suo fondo (*per te non fieri quo minus ire, agere liceat*) o se più eredi fossero succeduti ad uno stipulante di questo genere, quello soltanto degli stipulanti, o quello solo degli eredi dello stipulante, che fosse stato impedito di passare, avrebbe potuto agire e far condannare il promittente; gli altri non avrebbero avuto azione se non impediti (fr. 2, § 6; fr. 3 *pr.*; fr. 4 *pr.*, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1), sennonchè in gius Nuovo l'attore avrebbe potuto ottenere garanzia contro ulteriori impedimenti.

Passiamo alla pluralità dei debitori.[2]

1° Se più comproprietari avessero promesso la costituzione di una servitù a carico del fondo comune, o se più fossero gli eredi del promittente siffatta costituzione, ogni promittente od ogni erede del promittente sarebbe stato obbligato *in solidum*, cioè per l'intiero; sarebbe dunque stato condannato nell'intiero valore della servitù, ma avrebbe avuto regresso contro gli altri (fr. 25, § 11, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 11, § 24, *Dig. de legatis*, III; fr. 80, § 1, *Dig. ad leg. Falcid.* XXXV, 2; fr. 2, § 2; fr. 72 *pr.*, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 17, *Dig. de servit.*, VIII, 1).

[1] Per l'articolo 1207 del Codice ciascun erede del creditore può esigere l'intiera esecuzione dell'obbligazione indivisibile, coll'obbligo di dare cauzione idonea per l'indennità degli altri coeredi, ma non può egli solo rimettere il debito intiero, nè ricevere il valore invece della cosa. Se uno solo fra gli eredi ha rimesso il debito o ricevuto il valore della cosa, il coerede non può domandare la cosa indivisibile, se non addebitandosi la porzione del coerede che ha fatto la remissione o ricevuto il valore.

In diritto Romano uno degli stipulanti, o degli eredi dello stipulante nella obbligazione indivisibile, non poteva rimettere il debito, perchè, a causa della sua indivisibilità, era impossibile rimetterlo ed estinguerlo parzialmente, e quindi se avesse fatto una *acceptilatio* od una *novatio*, queste sarebbero state inutili (fr. 13, § 1, *Dig. de acceptilat.*), e gli altri creditori avrebbero potuto esigere il pagamento.

[2] Per l'articolo 1206 del Codice è dichiarato che quelli che hanno contratto congiuntamente un debito indivisibile, vi sono obbligati ciascuno *per la totalità*, ancorchè l'obbligazione non sia stata contratta in solido. Lo stesso ha luogo riguardo agli eredi di colui che ha contratto una simile obbligazione.

L'articolo 1208 aggiunge: l'erede del debitore convenuto per la totalità dell'obbligazione, può domandare un termine per chiamare in causa i suoi coeredi, purchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto se non dall'erede convenuto, il quale in tal caso può essere egli solo condannato, salvo il regresso contro i coeredi.

Ed in gius Nuovo sarebbe stato condannato a costituire la servitù, e trattato come un rappresentante dei suoi condebitori. Il giudice nella sua riluttanza a costituirla, avrebbe per sentenza, costituito la servitù (fr. 22, § 3, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2).

2° Se più persone avessero promesso la costruzione di un' opera (*opus*) o più fossero gli eredi del promittente, ogni promittente, ed ogni erede del promittente sarebbe stato obbligato *in solidum*, salvo il suo regresso contro gli altri (fr. 4, § 4, *si serv.*, VIII, 5; fr. 85, § 2, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 11, § 23 e 24, *Dig. de legatis*, III; fr. 44, § 8, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 80, § 1, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2).

3° Se finalmente più persone avessero promesso di astenersi da un dato fatto, o se più fossero gli eredi del promittente, ed uno dei promittenti od uno degli eredi del promittente facesse quell'atto, tutti sarebbero obbligati *in solidum*: perchè per lo stipulante è indifferente che l' uno, o l' altro, o tutti violino la promessa. Ma il violatore dovrebbe soffrirne tutte le conseguenze; e ciò si conseguirebbe mediante il regresso che gli altri avrebbero contro di lui (fr. 2, § 5; fr. 3 *pr.*, § 1; fr. 4 *pr.*, § 1; fr. 85, § 3; fr. 131 *pr.*, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 25, § 12; fr. 44, § 5, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2).

Dalle obbligazioni *indivisibili* delle quali abbiamo fin qui parlato, differiscono sensibilmente le obbligazioni *correali*, delle quali fu detto al § 239.[1] E valga il vero la *correalità* attiene al *vincolo* obbligatorio stesso, la *indivisibilità* invece attiene alla *esecuzione* dell' obbligazione; ciò che hanno di comune si è soltanto, che nell'une e nell'altre si può esigere il *solidum*. Dalla differenza sostanziale ora accennata fra la *correalità* e l' *indivisibilità* derivano più conseguenze, di cui riferiremo le meglio importanti.

1° L' obbligazione correale si *divide* fra i più coeredi del debitore correale; l' obbligazione *indivisibile* rimane tale fra gli eredi di un debitore il cui debito è indivisibile.

2° L' obbligazione correale deve eseguirsi per intiero, qualunque sia la natura della prestazione; l' obbligazione indivisibile si divide ogniqualvolta non potendosi ottenere la prestazione promessa, essa si converte in un rifacimento di danni e interessi, che è essenzialmente divisibile perchè consistente in danari.

[1] L' articolo 1203 è coerente a questo concetto quando dice che l' obbligazione stipulata *in solido*, non acquista il carattere di *indivisibilità*.

PARTE II.

Effetti dell' obbligazione.

—

CAPITOLO I.

DELL' ESECUZIONE DELL' OBBLIGAZIONE.

§ 241. Il debitore deve eseguire quello a cui si è obbligato; deve dunque: *dare, facere, præstare*. - L' esecuzione dell' obbligazione, può venire considerata sotto tre punti di vista: 1° *dell' obietto* della prestazione, 2° del *tempo* in cui la prestazione deve essere fatta, 3° del *luogo*.

1° *Dell' Obietto.*

§ 242. Il debitore deve *dare*, *facere*, *præstare* esattamente e precisamente quello che ha promesso: il creditore non è obbligato ad accettare un' *altra prestazione*, nè una prestazione *parziale* od *incompleta* (fr. 41, § 1, *Dig. de usuris*, XXII, 1; fr. 2, § 1, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1). [1] Siffatta regola subisce due limitazioni:

a) Per la *Novella 4, cap.* 3, di Giustiniano, il debitore che

[1] Per l' articolo 1218 chi ha contratto un' obbligazione è tenuto ad adempierla *esattamente* ed in mancanza, al risarcimento dei danni. Da ciò si rileva che, anche pel Codice, non è ammessa una prestazione *diversa*, o *incompleta*; anzi esso non fa nessuna limitazione a questo principio: non quella della *Nov. 4*, cap. 3, e nemmeno quella del *beneficium competentiæ* (art. 1245, 1246).

Non essendo adempita l' obbligazione di *fare*, il creditore può essere autorizzato *a farla adempire egli stesso a spese del debitore*. Ciò per espresso disposto dell' art. 1220, disposto a vero dire ignoto al puro diritto Romano, pel quale l' inadempimento di *fare* per parte del debitore, non si risolve che in un risarcimento di danni.

Se la obbligazione consiste *nel non fare*, il debitore che vi contravviene, è tenuto ai danni pel solo fatto della contravvenzione. Così l' articolo 1221, concorde coi fr. 71, 122, § 3, 137, § 7, *Dig. de verb. obligat.*)

Il creditore può domandare che *sia distrutto* ciò che si è fatto in contravvenzione all' obbligazione *di non fare*, e può essere autorizzato *a distruggerlo a spese del debitore*, salvo il risarcimento de' danni. Così l' articolo 1222.

Sebbene il Codice taccia relativamente alle conseguenze dell' inesecuzione di un' obbligazione consistente nel *dare*, tuttavolta crediamo debba per analogia ritenersi che il creditore potrebbe ottenere in via giudiciale l' esecuzione di tale obbligazione. Se l' oggetto dell' obbligazione fosse una *cosa determinata*, che il debitore si fosse obbligato a dare al creditore, la proprietà di quella cosa passando pel Codice nostro nel creditore, pel solo effetto della

è nell' impossibilità di pagare un debito in contanti, e che ha degli immobili, può darli in pagamento dietro stima giudiciale dei medesimi (*in solutum dare*).

b) Alcune persone godono del privilegio di non essere condannate all' esecuzione di un' obbligazione, se non in quanto possono sodisfarvi, senza rimanere prive del necessario al loro sostentamento, *condemnatio in id quod facere potest debitor* (fr. 173 *pr.*, *Dig. de reg. juris*, L, 17). Questo privilegio, dai commentatori chiamato *beneficium competentiæ*, è strettamente personale, talchè non passa neppure agli eredi di chi ne gode (fr. 12, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3; fr. 23 e 25, *Dig. de re judic.*, XLII, 1; fr. 63, § 1, 2, *Dig. pro socio*, XVII, 2); non ne gode chi fu in cattiva fede nel contrarre debiti (fr. 4, § 1, 2; fr. 6. *Dig. quod cum eo*, XIV, 5; fr. 22, § 1; fr. 51 e 52, *Dig. de re judic.*, XLII, 1). Spetta ai genitori, ai fratelli, alle sorelle del creditore, (fr. 16, *in f.*, fr. 30, *in f. Dig. de re judic.*, XLII, 1), ai coniugi fra loro, al suocero di fronte al genero per le obbligazioni dotali (*Instit.*, § 37, *de act.*, IV, 6; fr. 17, 20, 21, 22, *Dig. de re jud.*, XLII, 1; fr. 15, § 2; fr. 16 e 17, *pr. Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3), ai soci fra loro, (fr. 63, *pr. Dig. pro socio*, XVII, 2), al debitore insolvente di buona fede, che ha fatto la cessione dei suoi beni, (fr. 4 e 6, *Dig. de cess. bon.*, XLII, 3; *cost.* 3, *Cod. de bonis auct. jud. possid.*, VII, 72), ai militari, (fr. 6 e 18, *Dig. de re judic.*, XLII, 1) e finalmente al donante verso il donatario, (fr. 19, § 1, *Dig. de re judic.*, XLI, 1), anzi il donante di questo benefizio si avvantaggia più degli altri; perchè può cominciare da diffalcare dal suo patrimonio tutto il passivo (*deducto ære alieno*) e poi opporre il benefizio in discorso al donatario. Il *beneficium competentiæ* non ha per effetto di estinguere il debito, sibbene di limitare il diritto del creditore ad esigerne il pagamento, dentro le forze del patrimonio del debitore, dedotto dal medesimo quanto è necessario assolutamente per lui, *deducto ne egeat*. Ma ritornato *in*

convenzione, il creditore potrebbe rivendicarla come proprietario; in caso diverso potrebbe farsi autorizzare ad impossessarsi di ciò che gli fu promesso (Pothier, n° 156). Concludiamo che pel sistema del Codice, lice ottenere sempre coattivamente l' esecuzione dell' obbligazione; l' unica eccezione a questa regola si verifica quando si dovessero praticare delle violenze sulla persona del debitore per costringerlo a fare; soltanto in questi casi nei quali la esecuzione dell'obbligazione non può essere che personale, il costringimento non può aver luogo.

bonis il debitore, può essere costretto a pagare ciò che ritenne in forza del *beneficium competentiæ* (*cost.* 8, *Cod. sol. matrim.*, V, 18).

2° *Del Tempo.*

§ 243. Il creditore può esigere subito l'adempimento di una obbligazione contratta senza apposizione di termine (*Instit.*, § 2, *de verb. oblig.*, III, 15; fr. 41, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 14, *Dig. de regulis juris*, L, 17). Ma se è contratta *a termine*, non può esigere quell'adempimento prima dello spirare del termine, (fr. 42; fr. 72, § 1; fr. 99, § 1; fr. 118, § 1; fr. 124; fr. 135; fr. 138, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1, *Instit.*, § 26, *de inutil. stip.*, III, 19). Il termine può essere esplicitamente apposto, e può resultare eziandio dalla natura del fatto che è obietto della obbligazione, o dalla situazione del luogo, nel quale quel fatto deve essere eseguito. Se taluno si è obbligato a fare avere ad un altro a Cartagine una somma di danaro, che ha in Roma (come esemplificano le Istituzioni Imperiali nel § 5, *de verb. obligat.*, III, 15), comunque possa parere che abbia contratto un' obbligazione pura: di fatto implicitamente vi ha apposto un termine, *tamen res ipsa habet tempus injectum*, quello cioè necessario al trasporto del danaro, dal luogo della promessa, a Cartagine. E se talaltro, come è detto nel fr. 73, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1, si è obbligato a costruire un edifizio, implicitamente ha apposto il termine o tempo necessario ad eseguire quell'opera, tenuto conto anche della stagione in cui fu fatta la promessa, della stagione, e del luogo in cui deve essere adempita, (fr. 137, § 3, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1). Il termine non sospende l'efficacia dell'obbligazione, ne ritarda soltanto la esecuzione. Laonde, mentre il creditore non può esigere, prima del decorrere del termine, la prestazione promessa, se il debitore la presta prima della scadenza, questi non può ripetere ciò che ha prestato, perchè effettivamente *doveva:* e non può sostenere di aver pagato l'indebito, (fr. 10, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6). Finchè il termine non è tutto decorso, il debito non è esigibile; promesso di pagare una somma nel termine di un anno, o di un mese, non può il debitore essere obbligato a pagarla, se non quando è decorso l'ultimo giorno dell'anno o del mese, perchè l'ultimo giorno fa parte del termine (fr. 42, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Il termine presumendosi

apposto in favore del debitore, (fr. 17, *Dig. de regulis juris*, L, 17), egli vi può rinunziare, e costringere il creditore a ricevere il pagamento prima della scadenza, (fr. 38, § 16, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 70, *Dig. de solut.*, XLVI, 3; fr. 137, § 2, *de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 17, *Dig. de regul. juris*, L, 17). Ciò non gli sarebbe lecito ove resultasse, che il termine fosse stato apposto ugualmente a vantaggio del creditore, (fr. 122, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 15, *Dig. de ann. legat.*, XXXIII, 1).[1]

3° *Del Luogo.*

§ 244. Fissato il luogo dell' esecuzione dell' obbligazione, deve essere eseguita in quello; ma se sono due i luoghi indicati per quell' esecuzione, bisogna distinguere: o quei luoghi sono ricordati con una particella congiuntiva (p. e., *ad Efeso, ed a Capua*): e la prestazione deve essere fatta metà in uno di quei luoghi, metà nell' altro (fr. 2, § 4, *Dig. de eo quod certo loco*, XIII, 4), o sono indicati con una particella disgiuntiva (p. e., ad *Efeso, od a Capua*), e la prestazione deve essere fatta in un luogo solo, a scelta del debitore; egli perderebbe tal diritto di scelta, mediante la mora (fr. 2, § 3, *Dig. de eo quod certo loco*, XIII, 4). Qualora il luogo non fosse stato fissato, varrebbero queste regole:

a) L' indeterminazione assoluta del luogo, come quella che aprirebbe troppo largo adito all' arbitrio, rende certe obbligazioni nulle, come se taluno si fosse obbligato in genere a costruire una casa, senza indicare neppure implicitamente *dove* (fr. 2, § 5, *Dig. quod certo loco*, XIII, 4); ma se talaltro si fosse obbligato a

[1] Tutte le regole esposte nel testo alle presenti note sul *tempo*, sono dal Codice nostro seguitate negli articoli 1173, 1174 e 1175.

Soltanto è da aggiungere che il capoverso dell' art. 1173 dispone esplicitamente, che spetta all' autorità giudiziaria di stabilire per l' adempimento dell' obbligazione un termine conveniente, se questo sia stato rimesso alla *volontà del debitore*.

L' articolo 1176 dichiara che il debitore non può reclamare il benefizio del termine se è divenuto non solvente, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha dato le cautele promesse; per diritto Romano invece se il debitore fosse divenuto insolvente, o avesse diminuito le cautele del debito, il creditore poteva chiedere *cauzione* pel suo credito, comunque non fosse per anco scaduto (fr. 14, *Dig. de pign.*, fr. 41, *Dig. de judiciis*, fr. 12 in *f.*, *Dig. qui satisd. cog.*).

L' articolo 1172 conferma il noto principio Romano, che il termine (*certo*) apposto alle obbligazioni differisce dalla condizione, in quanto che non sospende l' obbligazione, ma ne ritarda soltanto l' esecuzione.

prestare personalmente alcuni servigi determinati al creditore, sarebbe lecito scegliere il luogo dei medesimi; se non che le spese di trasporto, necessarie a quell' esecuzione, sarebbero, a suo carico, (fr. 21, *Dig. de operis libert.,* XXXVIII, 1).

b) Trattandosi dell' obbligo di *consegnare* o di *restituire* una *species*, deve essere consegnata nel *luogo dove si trova*, *senza dolo del debitore* (fr. 12, § 1, *Dig. depositi*, XVI, 3; fr. 10, 11, 12, *Dig. de rei vindic.,* VI, 1).

c) Trattandosi dell' obbligo di consegnare una *cosa fungibile*, è nel *luogo della promessa* che ha da essere consegnata, quando le circostanze non coartassero a ritenere diversamente, (fr. 2, § 4; fr. 19, § 1, 2, 4; fr. 20, *Dig. de judic.*, V, 1, *cost.* 2, *Cod. de jurisdict.*, III, 13).[1]

CAPITOLO II.

DELL' INESECUZIONE DELL' OBBLIGAZIONE.

§ 245. Il diritto di domandare l' esecuzione di un' obbligazione, fa parte del patrimonio del creditore; la mancanza di quell' esecuzione si risolve in una perdita, od in una diminuzione di quel patrimonio: in altri termini, in un *danno*. Infatti danno è: qualunque diminuzione del patrimonio, che taluno ha provato, *damnum factum, s. datum,* o che ha da temere, *damnum infectum, metuendum* (fr. 5, § 5, *Dig. de his qui effud.*, IX, 3; fr. 2, 3, *Dig. de damno infecto,* XXXIX, 2). Il danno è *positivo* o *emergente,* se effettivamente diminuisce il patrimonio (fr. 3, *Dig. damno infecto,* XXXIX, 2); è *negativo* o *lucro cessante*, se impedisce il suo aumento (fr. 2, § 11, *Dig. ne quid in loco publ.*, XLIII, 8, *cost. un. Cod. de sent. quæ pro eo,* VII, 47). L' obbligazione di riparare il danno, dicesi *præstatio damni.*

[1] Intorno al *luogo* ove deve essere eseguita l' obbligazione, il Codice contiene (nell'articolo 1249) norme relative *al pagamento*, che riferiremo qui. « ivi » Il pagamento deve farsi nel luogo fissato dal contratto. Non essendo fissato il luogo e trattandosi di una *cosa certa e determinata*, il pagamento deve farsi nel *luogo ove al tempo del contratto si trovava la cosa* che ne forma l' oggetto. Fuori di questi due casi, il pagamento si deve fare al *domicilio* (*attuale,* secondo noi) del debitore, salvo il caso di compra e vendita; perchè quando nel contratto di compra e vendita non si è stabilito nulla in proposito, il compratore deve pagare nel *luogo* e nel *tempo* in cui devesi fare la *tradizione* (art. 1508).

L' articolo 1250 stabilisce che le spese del pagamento sono a carico del debitore.

§ 246. Cause possibili dell'inesecuzione di un' obbligazione, sono: 1° il caso, 2° il dolo, 3° la colpa.

1° *Il Caso.*[1]

Il caso, che i Romani dicono *vis major*, *vis divina*, *fatum*, *fatalitas*, è: qualunque *avvenimento*, che non si *poteva prevedere, o che preveduto non si poteva evitare* (fr. 5, § 4, *Dig. commodati*, XIII, 6; *cost.* 6, *Cod. de pignorat. act.*, IV, 24). Nessuno è responsabile dell'inadempimento di un' obbligazione, se questo dipese dal caso (fr. 23, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 23 e 37,

[1] Consuona coi principii del diritto Romano l'articolo 1226 del Codice, nel quale è detto, che il debitore *non è tenuto* a veruno risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore, o di un caso fortuito, fu impedito di fare o di dare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato; col quale articolo concordano gli articoli 1298, 1076 etc.

Anche pel Codice nostro si è obbligati al risarcimento del danno derivante da caso fortuito, se si è imputabili di *colpa precedente*, senza la quale non sarebbe avvenuto il danno (art. 1672); vedi pure l'art. 1619. Non è vietato nemmeno dal Codice l' assumere a proprio carico le conseguenze del caso fortuito, con *espressa* convenzione (art. 1620, 1621, 1677, o per convenzione *tacita* (art. 1811 e 1635).

Il danno cagionato da *dolo* deve eziandio pel Codice, essere risarcito da chi ne fu l'autore (vedi l'articolo 1151), dove la voce *colpa* è evidentemente adoperata per esprimere *colpevolezza, dolo;* e vedi pure gli articoli 1077, n° 2, 1228, 1229, 1804).

Il danno cagionato per propria imprudenza o negligenza (tecnicamente *culpa*) deve essere risarcito da chi può essere redarguito di colpa (art. 1152).

La diligenza che si deve adoperare nell'adempimento dell' obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o di ambedue, per l'articolo 1224 del Codice è sempre una diligenza *in astratto*, cioè quella di *un buon padre di famiglia;* salvo il caso del deposito; nel qual caso la legge non esige una diligenza *in astratto*, bensì una diligenza *in concreto*, cioè quella diligenza stessa che il depositario adopera nel custodire le cose proprie (art. 1843).

La regola che occorre nell'articolo 1224, è modificata dal capoverso dell'articolo stesso, ove è detto: questa regola per altro si deve applicare con maggiore o minore rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo Codice. Ed infatti il Codice rimette del suo rigore verso l' erede beneficiato nel giudicare la amministrazione di lui volendolo responsabile soltanto delle colpe gravi (art. 970), ed autorizza a usare indulgenza verso il gestore di negozi, secondo le circostanze che l' hanno indotto ad assumere l' affare (1143), verso il donante di cose mobili con riserva di usufrutto (art. 1076); verso il mandatario in caso di mandato gratuito (1746, capoverso).

Mentre, come abbiamo detto per regola, dal depositario esige una diligenza *in concreto* (art. 1843), usa maggiore rigore quando il depositario si è offerto a ricevere il deposito, o ha stipulato una rimunerazione, o il deposito fu fatto nel suo solo interesse, o egli espressamente si obbligò per qualunque colpa (art. 1844). Ma di regola, ripetiamolo, il Codice esige una diligenza in astratto (vedi art. 497, 526, 1408, 1480, 1583, 1615, 1671, 1808, 1885).

Laonde il Codice nostro rifiuta la triplice classazione della colpa degli antichi commentatori. Per regola fa responsabili della *culpa levis*, e nel giudicare di questa, usa più o meno rigore a seconda di varie circostanze che espressamente indica nei diversi casi.

Dig. de verb. oblig., XLV, 1). E ciò è vero, tanto nelle obbligazioni in cui ambedue le parti debbono prestarsi qualche cosa, ossia nelle obbligazioni *bilaterali*, quanto nelle obbligazioni in cui una sola parte deve prestare, ossia nelle *unilaterali* (*Instit.*, § 3, *de emt. et vend.*, III, 23). Il debitore può tuttavolta essere responsabile del danno, che è avvenuto per caso fortuito, quando il danno non si sarebbe verificato senza il dolo o la colpa antecedenti del debitore stesso, ossia quando il *casus* è *culpa* o *dolo determinatus* (fr. 18 *pr.*, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 11, § 1, *Dig. locati*, XIX, 2; fr. 36, § 1 *in f.*, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 1, § 4, *Dig. de oblig.*, XLIV, 7). In conseguenza di tal principio, il debitore in *mora* di restituire o di dare, è d'ordinario responsabile del danno verificatosi per caso fortuito, a carico della cosa (fr. 23; fr. 49, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).[1] Le enunciate regole procedono in mancanza di speciali convenzioni, o del preciso disposto di legge in contrario. Quindi è, che se il debitore volontariamente ed espressamente ha assunto la responsabilità del danno proveniente da caso fortuito, ne subisce le conseguenze (fr. 1, § 35, *Dig. depositi*, XVI, 3; fr. 39, *Dig. mandati*, XVII, 1; fr. 9, § 2; fr. 30, § 4, *Dig. locati*, XIX, 2).

2° *Il Dolo.*

§ 247. Dolo, (*Dolus*) è: *la prava e positiva intenzione di nuocere altrui.* È in dolo dunque, chi con coscienza e volontà di nuocere (*mala fide*) arreca un nocumento. Affinchè possa taluno essere responsabile di danno doloso, fa di mestieri:

a) che il danno cagionato sia conseguenza *diretta* dell'operato suo;

b) che egli abbia avuto l'intenzione di danneggiare. Quest'intenzione può essere manifestata così per via di omissioni, come di commissioni (fr. 8, § 9, *Dig. mandati*, XVII, 1; fr. 44, *Dig. eod.*) L'agente doloso deve sempre risarcire il danno arrecato (fr. 134, § 1 *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 18, § 3, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5); la convenzione con la quale si fosse preventivamente pattuito *ne dolus præstetur*, sarebbe, come immorale, radicalmente nulla (fr. 23, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 17 *pr.*, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 1, § 7, *Dig. depositi*, XVI, 3); ma

[1] Concorda l'art. 1298. Vedi nota al § 253.

è lecito al danneggiato rinunziare al diritto di essere risarcito del danno dolosamente arrecatogli, qualora tal renunzia sia posteriore alla verificazione del danno (fr. 27, § 4, *Dig. de pactis*, II, 14; *cost.* 4, *Cod. de transact.*, II, 4).

3° *La colpa.*

§ 248. Colpa (*culpa*) è un' *imprevidenza, che potevasi e dovevasi evitare, degli effetti dannosi di un atto, che non era preordinato a produrli.* È dunque un' inavvertenza, una negligenza, un' imperizia od imprudenza, non mai una malvagia volontà. Essa pure si può manifestare tanto mediante *omissioni*, quanto mediante *commissioni:* ma d' ordinario più presto per quelle che per queste; *negligentia* è sinonimo di *culpa;* loro contrapposto è *diligentia.* Il debitore deve adoperare nell'adempimento delle sue obbligazioni la *diligentia boni patrisfamilias*, cioè quell' accuratezza propria di un uomo solerte premuroso, sotto pena di cadere in colpa (fr. 25 *pr.*, *Dig. de probat.*, XXII, 3). La *diligentia* prende il nome di *custodia,* quando il debitore ha l' obbligo speciale nel custodire e conservare la cosa, di impedire che la memedesima sia rubata od usucapita (*Instit.*, § 18, *de oblig. quæ ex delicto,* IV, 1 e § 3, *de empt. et vent.*, III, 23). Attalchè chi deve la *custodia*, si presume essere in *culpa*, qualora la cosa gli venga rubata; presunzione che per altro, cederebbe ad una prova in contrario. Questa prova il debitore non è nella necessità di fornire, se la cosa gli fu rubata mediante un furto violento (fr. 10, § 1, *Dig. commodati,* XIII, 6; fr. 52, § 3, *Dig. pro socio,* XVII, 2; fr. 31, *Dig. de act. emti vend.,* XIX, 1; fr. 14, § 6, *Dig. de furtis,* XLVII, 2). La colpa assume un carattere speciale di gravità:

a) se il debitore trascura le precauzioni più comuni, ed omette di fare quello che ognuno farebbe per impedire il danneggiamento della cosa; se non intende, nè prevede ciò che tutti intendono e prevedono; *non intelligere quod omnes intelligunt: nimia negligentia* (fr. 213, § 2; fr. 223, *Dig. de verb. signif.*, L, 16);

b) se il debitore, essendo incaricato di amministrare gli affari altrui, adopera in quell' amministrazione minore accuratezza che nei propri (fr. 32, *Dig. depositi,* XVI, 3; fr. 22, § 3, *Dig.*

ad S. C. Trebell., XXXVI, 1). Quando una di queste due circostanze aggravanti si verifica, si dice che nel debitore esiste *culpa lata*; alla quale si contrappone la *culpa levis*; la quale ultima si verifica in tutti gli altri casi di trascuranza o di negligenza, non aggravate dalle due circostanze ora menzionate. Sebbene in realtà due gradi soltanto sieno da distinguersi nella *culpa* (*culpa lata, culpa levis*), i commentatori del decorso secolo ne distinguevano tre, aggiungendo un terzo grado: quello della *culpa levissima*. Noi, coi più recenti espositori del diritto Romano, rifiutiamo questo terzo grado di *culpa*, perchè ci sembra che non sia fondato su disposizioni testuali, e perchè contrario ai principii di ragione. E valga il vero, questa qualifica di *levissima* alla *culpa*, occorre una volta sola nelle nostre Fonti, (cioè nel fr. 44, *Dig. ad legem Aquiliam*, IX, 2), ed in questo frammento è un modo enfatico di dire, non è espressione tecnica: inoltre in questo luogo non si tratta di danno resultante dall' inesecuzione di una obbligazione, ma di quello resultante dal fatto di persona, che non era in nessun rapporto obbligatorio col danneggiato; ed allora è giusto, che ogni colpa più leggiera faccia responsabile di danno. E quest' appunto volle esprimere il giureconsulto Ulpiano in quel frammento, dicendo: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Aggiungasi, che nelle nostre Fonti si trova sempre l' espressione *culpa* o *culpa levis*, quando si vuole indicare un grado intermedio fra la *culpa lata* ed il *casus*, e così si viene implicitamente ad escludere una *culpa levissima* (fr. 32, *Dig. de negot. gest.*, III, 5; fr. 30, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 52, § 3, *Dig. pro socio*, XVII, 2; fr. 2, § 1, *Dig. de peric. et commod. rei vend.*, XVIII, 6; *cost.* 13, *Cod. mandati*, IV, 35). Se poi troviamo talvolta la locuzione *exactissima diligentia*, essa è adoperata in casi nei quali è fuori di questione, che il suo contrapposto secondo i principii giuridici deve essere *culpa levis*: come p. e., trattandosi della responsabilità del commodatario, del venditore, del creditore pignoratizio, del *negotiorum gestor* (fr. 1, § 4, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7; fr. 5, § 5; fr. 18, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 3, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6; fr. 13, § 1, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; *Instit.*, § 1, *de obligat. quæ quasi ex contractu*, III, 27; *cost.* 20, *Cod. de negot. gest.*, II, 19). Ma prescindendo da questi argomenti dedotti dalle espressioni testuali, si rifletta che la *culpa levissima* essendo la mancanza della di-

ligenza propria di un padre di famiglia straordinariamente diligente, ed accurato: la legge non potrebbe con giustizia esigere da tutti, tale straordinaria diligenza ed accuratezza, come quella che deriva da doti naturali rarissime, le quali non si trovano nel comune degli uomini. La diligenza, che generalmente si esige dal debitore è *astratta*, perchè si esige da lui la diligenza di un diligente padre di famiglia, *diligentia boni patrisfamilias:* si vuole che si conduca *ad eum modum, quem hominum natura desiderat* (fr. 32, *Dig. depositi,* XVI, 3): ciò non pertanto in alcune obbligazioni la legge si contenta dell'accuratezza che il debitore adopera o suole adoperare nei propri affari, *diligentiam qualem in suis rebus adhibere solet* (*Instit.*, § 1 *in fine, de obligat. quæ quasi ex contr.*, III, 27; fr. 72, *Dig. pro socio*, XVII, 2; fr. 3, *Dig. de peric. et comm.*, XVIII, 6); allora la misura della diligenza richiesta non è, come nel caso antecedente *astratta*, sibbene *concreta;* onde gli espositori odierni del diritto Romano, dedussero la distinzione fra *colpa in astratto e colpa in concreto.* Il debitore è sempre responsabile del danno derivante da *culpa lata* (fr. 32, *Dig. depositi*, XVI, 3; fr. 8, § 3, *Dig. de precario*, XLIII, 26); essa è parificata agli effetti civili al dolo: *lata culpa plane dolo comparabitur*, (fr. 1, § 1, *Dig. si mensor falsum modum dixerit*, XI, 6; fr. 29 *pr.*, *Dig. mandati*, XVII, 1; fr. 7, § 1, *Dig. de suspect. tut.*, XXVI, 10; fr. 5, § 15, *Dig. uti in poss. legat.*, XXXVI, 4, fr. 1, § 5, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7; fr. 1, § 2, *Dig. si is qui testam.*, XLVII, 4). Quest'è la ragione per la quale nel testo, colpa lata e dolo vengono equiparati, quando si tratta dell'obbligo di risarcire un danno resultante dall'una o dall'altro. Ordinariamente anche la *culpa levis* fa incorrere nell'obbligo di risarcire il danno che ne è derivato, ma se il debitore non ritrae nessun vantaggio da una obbligazione, le nostre leggi lo ritengono responsabile soltanto della *culpa lata* (fr. 5, § 2, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 23, *Dig. de reg. juris*, L, 17). Del resto, ecco le regole sull'obbligo di risarcire il danno derivante da colpa.

1° Se il debitore *non risente alcun vantaggio* dall'obbligazione, è responsabile soltanto della sua *culpa lata* (fr. 5, § 2, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 10, § 1, *Dig. eod.*; fr. 17, § 2, *Dig. de præscript. verb.*, XIX, 5; fr. 108, § 12, *Dig. de legatis*, I, 30, fr. 22, § 3, *Dig. ad S. C. Trebell.*, XXXVI, 1; fr. 18, § 3, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5). Si *eccettui,* per altro, chi assume *volontaria-*

mente l'amministrazione degli affari altui, sia dietro *commissione*, sia *spontaneamente*: costui risponde anche della *culpa levis* (fr. 23, *Dig. de regulis juris*, L, 17; fr. 21, § 3, *Dig. de negot. gest.*, III, 5; cost. 11, 13, *Cod. mandati*, IV, 35; *Instit.*, § 1, *in f. de obligat. quæ ex quasi contr.*, III, 27). E bene a ragione, imperocchè costui potesse ricusare, od astenersi dall' assumere, un ufficio tanto delicato quanto è quello, che fidente nelle proprie forze, ha assunto. I tutori non assumendo volontariamente le loro funzioni, ma per sodisfare ad un *munus publicum*, sono obbligati solamente alla diligenza, che sogliono adoperare nelle cose proprie, (fr. 1 *pr.*, *Dig. de tut. et rat. distrah.*, XXVII, 3).

2° Se il debitore *risente un vantaggio* dall' obbligazione, è responsabile anche della sua *culpa levis*, (fr. 5, § 2, *Dig. com. mod.*, XIII, 6; fr. 65, *Dig. de usufr.*, VII, 1). Si *eccettui* per altro, chi riceve l'uso di una cosa, *precario*: costui è responsabile solamente della sua *colpa lata*, sebbene risenta un vantaggio dal precario (fr. 8, § 3, *Dig. de precario*, XLIII, 26; fr. 23, *Dig. de reg. juris*, L, 17). Parlando del precario ai termini del diritto Romano, vedremo la ragione di quest' eccezione.

3° Se l'obbligazione resulta *vantaggiosa tanto al debitore quanto al creditore*, ambedue sono responsabili della respettiva *culpa levis*, (fr. 23, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 5, § 2, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 17, § 2, *de præscr. verb.*, XIX, 5). Si eccettuino: *a*) il marito nell'amministrazione della dote, *b*) il socio nell' amministrazione degli affari sociali. Costoro sono obbligati soltanto alla diligenza, che sogliono adoperare nell' amministrare gli affari propri (fr. 17 *pr.*, *Dig. de jure dotium*, XXIII, 3; fr. 18, § 1, *Dig. de soluto matrim.*, XXIV, 3; fr. 72, *Dig. pro socio*, XVII, 2; fr. 25, § 16, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2); la legge ha così disposto, forse considerando che essendo essi personalmente interessati in quelle amministrazioni, non vi era bisogno di sanzioni troppo severe per eccitarli a far bene; e forse ha voluto ancora avere un riguardo alle loro relazioni personali con coloro i cui beni amministrano.

§ 249. Fin qui abbiamo considerato, il caso, il dolo, e la colpa, come cagioni del danno emergente dall' inesecuzione di un' obbligazione; ma possono essere cagioni di danno, senza che fra danneggiatore e danneggiato interceda rapporto obbligatorio. Eziandio per questo rispetto vale la regola, che niuno è

obbligato a risarcire il danno proveniente da caso fortuito; ma il danno proveniente da dolo o da colpa, ha da essere risarcito da chi se ne fece reo. La *lex Aquilia* imponeva l'obbligo di questo risarcimento; onde i commentatori dissero *culpa aquiliana*, quella imputabile a persona non astretta da vincolo obbligatorio verso il danneggiato. Dovremo trattarne in seguito.

§ 250. Chi è obbligato alla *custodia* ed alla *diligentia*, se vuole esimersi dal pagamento del valore estimativo della cosa perita presso di lui, deve provare che non perì per sua colpa, e che anzi egli adoperò tutte le cure possibili per conservarla (fr. 9, § 4, *Dig. locati conducti*, XIX, 2; fr. 1, § 13, *Dig. de magistr. conven.*, XXVII, 8; fr. 11, *Dig. de probat. et presumpt.*, XXII, 3; fr. 11, *Dig. de peric. et comm. rei vend.*, XVIII, 6; *cost.* 5, *Cod. de pignorat. act.*, IV, 24),[1] mentre chi è responsabile soltanto di dolo o di colpa, non ha l'obbligo di questa prova; sta invece alla parte avversa, che esige la riparazione del danno, a provare il dolo o la colpa del reo convenuto (fr. 18, § 1, *Dig. de probat.*, XXII, 3).

CAPITOLO III.

CONSEGUENZE DELL' INESECUZIONE DELL' OBBLIGAZIONE.

§ 251. Il debitore ha l'*obbligo di indennizzare il creditore della perdita da esso risentita per tale inesecuzione;* abbiamo poco fa dichiarato, come questa perdita possa essere un danno emergente, od un lucro cessante.[2] Nel linguaggio giuridico dei Romani, per esprimere tanto l'uno quanto l'altro, adoperansi le

[1] Concorda l'articolo 1634.

[2] Consuona con questi principii del diritto Romano l'articolo 1227, il quale dispone, che i danni sono *in genere dovuti* al creditore per la *perdita sofferta* o pel *guadagno di cui fu privato* (danno emergente, e lucro cessante). Ma quest'articolo, accenna esso stesso ad alcune eccezioni e modificazioni stabilite dal Codice negli articoli successivi. Fra tali eccezioni alcune concordano col diritto Romano, altre ne discordano; ed alcune cagioni introdotte da Giustiniano non sono accolte dal Codice. Ecco quali sono le eccezioni e modificazioni che il Codice stabilisce al disposto dell'art. 1227.

1° Il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati *preveduti*, o che si *sono potuti prevedere* al tempo del contratto, quando l'inadempimento dell'obbligazione non derivi da suo *dolo* (art. 1228). Per altro comunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore, i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui fu il medesimo privato. non debbono estendersi se non a ciò che è una conseguenza *immediata* e *di-*

locuzioni: *id quod interest*, *quanti mea res est*, *quanti ea res est* (fr. 13 *pr.*, *Dig. ratam rem haberi*, XLVI, 8; fr. 21, § 2; fr. 22, § 1, fr. 33 *pr.*, *Dig. ad legem. Aquil.*, IX, 2; fr. 1, § 41, *Dig. de vi et vi arm.*, XLIII, 16; *cost. un.*, *Cod. de sent. quæ pro eo*, VII, 47). *Præstare* l'*id quod interest*, vale indennizzare pienamente. Ma in senso proprio e particolare, *id quod interest* significa ciò che noi possiamo pretendere, oltre la cosa od il suo prezzo di stima (fr. 11, § 18, *Dig. de act. emt. et vend.*, XIX, 1; fr. 1, § 20, *Dig. de tut. et rat. distrah.*, XXVII, 3; fr. 179, fr. 193, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Intorno alla prestazione dell'*id quod interest*, vigono queste regole:

a) Il debitore è responsabile soltanto del danno, che è conseguenza *necessaria* dell'inesecuzione della sua obbligazione (fr. 21, § 3, *Dig. de act. emt.*, XIX, 1; fr. 19, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6; fr. 29, § 3, *in f.*, *Dig. ad leg. Aquil.*, IX, 2).

b) Ma se il danno è conseguenza necessaria dell'inesecuzione o mala esecuzione della sua obbligazione, è tenuto a risarcire tanto il danno diretto quanto l'indiretto; purchè per altro abbia potuto prevedere le conseguenze di quell' inesecuzione o mala esecuzione, nel momento in cui si obbligò (fr. 19, § 1, *Dig. locati*, XIX, 2; fr. 2, § 8, *Dig. de eo quod. certo loco*, XIII, 4; fr. 21, *Dig. de act. emti*, XIX, 1). Allorquando è posto in sodo l'obbligo del debitore di risarcire il danno, nasce il bisogno di fissarne il valore pecuniario. Molto è rilasciato su questo proposito all'arbitrio del giudice, il quale deve valutare le circostanze proprie di ogni caso speciale. Esso deve aver riguardo, non già al valore astratto della non eseguita prestazione, sibbene al valore che essa aveva pel creditore (fr. 24, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 54, *Dig. de legatis*, II), non calcolando per altro il prezzo di affezione, che il creditore poteva annettervi per

retta dell' inadempimento della obbligazione, (art. 1229), ossia (secondo noi) a ciò che è una *conseguenza necessaria* dell' inadempimento (POTHIER, n° 467).

2° Quando la convenzione stabilisce che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una somma determinata a titolo di danni, non si può attribuire all' altra parte una somma maggiore o minore (art. 1230). Savia esclusione è questa dell'arbitrio del giudice, che in pratica limitava inopportunamente la libertà delle convenzioni.

3° In mancanza di patto speciale, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una *somma di danaro*, i danni derivanti dal *ritardo* nell'eseguirle consistono sempre nel pagamento degli *interessi legali*, salvo le regole particolari al commercio, alla fideiussione, ed alla società. Questi danni sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita (art. 1231).

ragioni puramente personali (fr. 33 *pr.*; e fr. 63, *Dig. ad leg. Aquil.*, IX, 2). L'arbitrio del giudice è nulladimeno, regolato nella valutazione dell' *id quod interest*, da queste limitazioni:

a) Per una costituzione di Giustiniano (*cost. un.*, *Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest proferuntur*, VII, 47) quando l'oggetto della prestazione è suscettivo di una stima certa, i danni e gli interessi non possono eccedere il doppio valore dell'oggetto.

b) quando si tratta di danno cagionato da ritardo nella consegna di danaro, la legge stabilisce l'ammontare dell' *id quod interest*, nel frutto legale del danaro.

c) in certi casi il creditore ha la facoltà di stimare da sè stesso il danno che ha risentito, con l'obbligo per altro di giurare la sua stima, *jurare in litem*. In gius Nuovo, il creditore ha questo diritto in tutti i casi di inesecuzione dell' obbligazione, inesecuzione dipendente da *dolo* e da *colpa lata* del debitore, come pure in caso di *contumacia* del medesimo (fr. 7, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5; fr. 7 *pr.*, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; fr. 15, § 9, *Dig. quod. vi aut. clam.*, XLIII, 24; *cost.* 2, *Cod. de in lit. jur.*, V, 35; fr. 2, § 1; fr. 4, § 4; fr. 5, § 3 e 4, *Dig. de in lit. jur.*, XII, 3; fr. 68, *Dig. de rei vind.*, VI, 1; fr. 3, § 2, *Dig. ad exhib.*, X, 4). Tuttavolta il giudice ha la facoltà, per gravi ragioni, di riformare e ridurre la stima fatta dal creditore (fr. 4, § 2 e 3; fr. 5, § 1 e 2, *Dig. de in lit. jur.*, XII, 3; fr. 18 *pr.*, *Dig. de dolo malo*, IV, 3; fr. 3, § 2, *Dig. ad exhib.*, X, 4).

§ 252. Il debitore è obbligato a prestare la cosa dovuta, nello stato in cui si trovava nel momento in cui l'obbligazione fu contratta. Deve indennizzare il creditore se per sua colpa non può sodisfare a tale obbligo; ed è responsabile del deterioramento o della distruzione sofferti dalla cosa, che si è obbligato a prestare, quando derivino da suo dolo o da sua colpa. Ma non è tenuto a indennità alcuna, se la cosa perì o fu guasta per un caso fortuito; giusta il principio: *casus a nemine præstatur*. Per conseguenza, l' inesecuzione dell' obbligazione che deriva da caso fortuito, non dà diritto al creditore di essere risarcito; il danno che ne ridonda è tutto a suo carico: *periculum ejus est* (*Instit.*, § 3, *de emt. et vend.*, III, 23; fr. 8 *pr.*, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6). Il creditore, mentre, soffre la perdita che la cosa subisce accidentalmente, gode dell' aumento di

valore che in ugual modo per caso fortuito essa riceve, nell'intervallo fra il momento in cui l'obbligazione fu contratta, ed il momento dell'esecuzione di essa. Nel linguaggio giuridico queste eventualità, per un lato di perdita, e di deterioramento della cosa, per l'altro di aumento di valore della medesima, sono designate con le parole tecniche *periculum et commodum;* e la regola in proposito è questa: *cujus periculum est, et commodum ejus esse debet* (*Instit.*, § 3, *de emt. et vendit.*, III, 23; fr. 10, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 7 *pr.*, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6). Il *commodum* comprende, non solamente i frutti che la cosa produce nell'intervallo di tempo ora indicato, ma ancora tutte le accessioni, che non ripetono la loro origine dal fatto del debitore (*cost.* 1, *Cod. de peric. et commod.*, IV, 48; *cost.* 13 e 16, *Cod. de act. emti*, IV, 49). Affinchè possa trattarsi di *periculum* e di *commodum*, fa di mestieri che l'oggetto della prestazione sia un corpo *individualmente determinato*, ossia *una specie* (fr. 23, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 37, *Dig. eod.*). Se il debitore si è obbligato a prestare non una *specie*, ma un *genere*, p. e., non il proprio cavallo sauro, ma generalmente un cavallo, ove perisca il cavallo, che il debitore aveva in animo di prestare, il creditore non risente danno, giacchè il debitore può sempre prestare un cavallo; e reciprocamente, non risente il creditore nessun vantaggio, per l'aumento di valore che il cavallo dal debitore segretamente contemplato, provasse; non potendo il creditore esigere quello. Lo stesso ripetasi, quando l'oggetto della prestazione è una quantità di cose fungibili (fr. 42, *Dig. de jure dotium*, XXIII, 3).

§ 253. L'obbligazione conclusa senza apposizione di termine, deve essere adempita subito; quella conclusa a termine, scorso il termine. Se il debitore non la adempie nel tempo debito, si dice che è in *mora*. [1] L'inesecuzione nel tempo debito

[1] L'articolo 1223 del Codice nostro dispone: Se l'obbligazione consiste nel *dare* o nel *fare*, il debitore è costituito in mora *per la sola scadenza del termine stabilito nella convenzione* (art. 1223). Se il termine scade dopo la morte del debitore, l'erede non è costituito in mora se non mediante una *intimazione* od altro atto equivalente, e dopo il *decorso di otto giorni* dall'intimazione (art. 1223, capoverso). Se nella convenzione non è stabilito *alcun termine*, il debitore non è costituito in mora che mediante una *intimazione* od altro atto equivalente. Questa disposizione del capoverso 2° a noi pare poco coerente alla regola stabilita nella prima sede dell'art. 1223. Infatti il principio abbracciato dal citato articolo è quanto al debitore questo: *dies interpellat pro homine*, tanto se il termine è apposto ad una obbligazione consistente *nel dare*, quanto se apposto ad una obbligazione consistente nel *fare*. Ma se non è necessaria interpellazione quando il termine è scaduto, non vediamo perchè

può dipendere dal debitore, *mora solvendi*, *mora debitoris:* o dal creditore, *mora accipiendi, mora creditoris*. Affinchè la mora sia imputabile, non deve dipendere da forza maggiore (fr. 63, *Dig. de regulis juris*, L, 17; fr. 5, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1; fr. 9, § 1; fr. 17, § 3; fr. 21; fr. 23 *pr.*, *Dig. de usuris*, XXII, 1; fr. 23, *Dig. de receptis*, IV, 8). Il creditore è in mora, ogni qualvolta con una sua azione positiva o negativa, rende impossibile l'esecuzione dell'obbligazione: p. e., ricusando di ricevere la prestazione che il debitore gli offre, o non trovandosi nel luogo fissato per l'esecuzione (fr. 16, § 2, 4; fr. 17, *Dig. de pecun. constit.*, XIII, 5; fr. 122 *pr.*, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 39, fr. 72 *pr.*, § 3, fr. 102, *Dig. de solut.*, XLVI, 3; *cost.* 16, 19, *Cod. de usuris*, IV, 32). In generale il debitore è in mora, ogni qualvolta il creditore lo intima di devenire alla prestazione, o per usare la parola tecnica, lo *interpella*. In questo senso si dice che havvi *mora ex persona* (fr. 32 *pr.*, *Dig. de usuris*, XXII, 1). Nulladimeno tal fiata il debitore è costituito in mora per la semplice e pura esistenza di un fatto, senza che vi abbisogni interpellazione. Allora la mora dicesi *ex re*. Questa si verifica:

a) Quando l'obbligazione resulta da un possesso di cattiva fede, o da un delitto, e specialmente da un furto (fr. 15, § 3, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 8, § 1; fr. 20, *Dig. de condict. furt.*, XIII, 1; fr. 19, *Dig. de vi et vi armata*, XLIII, 16; *cost.* 7, *Cod. de condict. ob turpem caus.*, IV, 7).

b) Quando non vengono pagati nel giorno della scadenza i debiti verso il minore o il fisco; ed i legati e fedecommessi ad un pio istituto nel giorno stabilito dal testatore (*cost.* 3, *Cod. in*

sia necessaria quando il termine non fu fissato; a noi pare che scaduto il termine, l'obbligazione sia nello stato medesimo in cui è, quando il termine non fu apposto, e che quindi dovesse essere regolata ugualmente.

Nell'obbligazione *di dare*, se il debitore è *in mora*, a farne la consegna, la cosa rimane a rischio e pericolo di lui, quantunque prima della mora si trovasse a rischio e pericolo del creditore. Così dispone l'articolo 1219, capoverso, col quale concordano gli art. 1247, 1649, 1635, 1845 etc.

Ma pel capoverso 1° dell'articolo 1298 il debitore è ammesso a provare che la cosa sarebbe perita ugualmente presso il creditore, ove gli fosse stata consegnata (*concordano* gli articoli 893, 1809) alla quale prova non è ammesso chi l'ha *sottratta* (capoverso ultimo dell'articolo 1298); costui dunque si può dire che dal momento della sottrazione è in mora; la sua, secondo i Romanisti, è *mora ex re*.

Il ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione, se è imputabile al ritardatario, porta seco l'obbligo d'indennizzare il creditore (art. 1225), e nello obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, i danni del ritardo nell'eseguirle (l'abbiamo detto) consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, dal giorno della mora (art. 1231).

quib. caus., II, 11; fr. 17, § 5, *Dig. de usuris*, XXII, 1, fr. 26, § 1, *Dig. de fideic. lib.*, XL, 5; *cost.* 16, § 4, *Cod. de episc. et cler.*, I, 3; *Nov.* 131, cap. 12). È questione se lo spirare del termine basti per costituire in mora il debitore; se sia vero insomma, che *dies interpellat pro homine*, o se il creditore debba (quando non si tratta di *mora ex re*) intimare il debitore ad eseguire la sua obbligazione. Noi propendiamo a ritenere necessaria l'interpellazione del creditore, ed insufficiente la scadenza del termine. Eccone il motivo: il termine si presume sempre stabilito a favore del debitore, ed è per la scadenza del medesimo, che l'obbligazione diviene attualmente *esigibile*, ossia *presente*; diviene insomma tale, quale sarebbe stata, se termine non fosse stato apposto alla medesima; ma in un' obbligazione presente od esigibile, è necessaria l'interpellazione a costituire il debitore in mora: dunque l'interpellazione è necessaria, scaduto il termine.

§ 254. Per la mora tutti i rischi e pericoli della cosa cominciano ad essere a carico del moroso (fr. 91, § 3 e 4, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 58, § 1, *Dig. de solut.*, XLVI, 3); laonde egli è responsabile ancora della colpa leve, e perfino del caso fortuito, sebbene fosse stato tenuto a rispondere soltanto della colpa lata (fr. 108, § 11, *Dig. de legatis*, I, 30; fr. 8, *Dig. de rei judic.*, XLII, 1; fr. 23, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1). Ma potrebbe esimersi dall' obbligo di risarcire il danno proveniente da caso fortuito, qualora provasse che la cosa sarebbe ugualmente perita eziandio presso il creditore (fr. 14, § 11, *Dig. quod metus causa*, IV, 2; fr. 12, § 4, *Dig. ad exhib.*, X, 4; fr. 14, § 1, *Dig. depositi*, XVI, 3; fr. 47, § 6, *Dig. de legatis*, I, 30). La parte non morosa, viceversa diviene responsabile soltanto della colpa lata, quand'anche in precedenza si fosse obbligata a rispondere del caso fortuito (fr. 48, § 3, *Dig. de legatis*, I, 30; fr. 105, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 72 *pr.*, *Dig. de solut.*, XLVI, 3).

§ 255. La mora cessa, *mora purgatur*:

a) pel *debitore* eseguendo la prestazione dovuta, e pel *creditore* dichiarando di essere parato ad accettarla (fr. 73, § 2; fr. 84, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 72, § 1, *Dig. de solut.*, XLVI, 3);

b) per un respiro a pagare, che il creditore accorda al debitore (fr. 8 *pr.*, fr. 15 e fr. 31, *Dig. de novat.*, XLVI, 2; fr. 72, § 1 e 2, *Dig. de solut.*, XLVI, 3);

c) per mora reciproca; quando ambedue le parti sono in

mora, si compensa quella dell'una con quella dell'altra (fr. 18, *pr.*, *Dig. de compensat.*, XVI, 2). Ma se la mora di una parte cessa prima di quella dell'altra, vale la regola: *posterior mora nocet;* e tutte le conseguenze pregiudicevoli della mora, cominciano dal momento in cui la mora di una delle parti, diviene posteriore alla mora dell'altra (fr. 17, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6; fr. 51 *pr.*, *Dig. de act. emti*, XIX, 1; fr. 26, *Dig. de soluto matrim.*, XXIV, 3; fr. 135, § 2, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Con la purgazione della mora cessano gli effetti di lei, ma questa cessazione non ha effetti retroattivi (fr. 91, § 3, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).

§ 256. Conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione nel tempo debito, è talora eziandio il dovere giuridico di pagare:

Delle usure,

vale a dire i *frutti civili*, o gli interessi di un capitale. Capitale (*caput*, *sors*) è la somma di danaro, o la quantità di cose fungibili, oggetto principale di una obbligazione (vedi il fr. 24, *Dig. de præscr. verbis*, XIX, 5, e la *cost.* 3, *Cod. de usuris*, IV, 32). *Usuræ, fœnus*, sono parole che indicano ciò che il debitore deve, oltre il capitale in cose dello stesso genere, come correspettivo dell'uso che ha fatto del capitale, e come compenso della privazione che del godimento del capitale stesso ha provato chi lo imprestò (fr. 19, § 4, *Dig. de negot. gest.*, III, 5). L'obbligo di pagare gli interessi può derivare in diritto Romano:

a) Dalla mora, *b*) da un fatto illecito, *c*) da testamento, *d*) da convenzione, *e*) dal disposto di legge;

a) dalla mora; in tutti i contratti di buona fede, ma non in quelli di stretto gius (fr. 32, § 2, *Dig. de usuris*, XXII, 1; fr. 24, *Dig. depositi*, XVI, 3);

b) da un fatto illecito, come sarebbe:

1° l'impiegare arbitrariamente a proprio vantaggio i danari altrui (fr. 28, *Dig. depositi*, XVI, 3; fr. 1, § 1, *De de usuris*, XXII, 1; fr. 7, § 10, 12, *de adm. et peric. tut.*, XXVI, 7; fr. 38, *Dig. de negot. gest.*, III, 5; fr. 10, § 3, *Dig. mandati*, XVII, 1);

2° il trascurare di impiegare ad interesse, i capitali dei quali

si ha l'amministrazione (fr. 19, § 4, *Dig. de negot. gest.*, III, 5; fr. 7, § 3; fr. 15; fr. 58, § 1, *Dig. de adm. et peric.*, XXVI, 7);

c) da testamento, *usuræ testamentariæ* (fr. 3, § 6, *Dig. de annuis legatis*, XXXIII, 1);

d) da convenzione, *usuræ conventionales* (*cost.* 4, *Cod. de usuris*, IV, 32);

e) dal disposto di legge (*usuræ legales*). Per *disposizione generale di legge* (*in jure communi*): chi ha comprato una cosa non sotto fede di prezzo, ossia non a credenza, deve pagare le usure dal momento della tradizione (fr. 13, § 20, *Dig. de act. emti*, XIX, 1; fr. 18, § 1, *Dig. de usuris*, XXII, 1; *cost.* 2, *Cod. de usuris*, IV, 32). Per *disposizione speciale di legge* (*in jure singulari*): chi è debitore di danaro verso un pupillo o verso il fisco, deve pagare gli interessi, abbenchè non costituito in mora (*cost.* 3, *Cod. in quib. caus. in integr. rest.*, II, 41; *cost.* 5, *Cod. de act. emti et vend.*, IV, 49; fr. 17, § 5, *Dig. de usuris*, XXII, 1).

§ 256. Le usure convenzionali non possono in gius Nuovo superare la misura del 4 %, se vengono stipulate a favore di *personæ illustres*. I negozianti ed i fabbricanti possono esigere l'8 %, gli altri il 6 %; ma trattandosi di *pecunia trajectitia* la legge permette che le usure giungano al 12 %. Le usure *legali* e quelle *ex mora*, sono nella misura del 6 %; ma per i legati che l'erede è in mora di prestare, sono dovute al 3 %, e per la dote al 4 % (*cost.* 26, § 1, *Cod. de usuris*, IV, 32; *cost.* 12, *pr.*, *Cod. de petit. hered.*, III, 31; *cost. un.* § 7, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13).

§ 257. Le usure arretrate, che col loro cumulo arrivano al capitale (*usuraæ ultra alterum tantum*), rendono infruttifero il capitale stesso (*cost.* 10, *de usuris*. Vedi anche le *cost.* 29, 30, *Cod. de usuris*, IV, 32; *Nov.* 121, cap. 2; *Nov.* 138). Sono proibite le usure delle usure, ossia l'*anatocismo;* e questo sia che le usure scadute si tengano separate dal capitale, e si considerino così come un capitale distinto, fruttifero di per sè (*anatocismus separatus*), sia che si congiungano al capitale primitivo (*cost.* 3, *Cod. de usur. rei judic.*, VII, 54; *cost.* 26, *Cod. de usuris*, IV, 32). Le convenzioni contrarie a queste disposizioni legislative sono nulle, e lice ripetere con la *condictio indebiti* ciò che in conseguenza delle medesime si fosse pagato; di più l'usuraio incorre nell'infamia (fr. 29, *Dig. de usuris*, XXII, 1; fr. 26 *pr.*, § 1, *Dig.*

de condict. indeb., XII, 6; *cost.* 3, *Cod de usur. rei judic.*, VII, 54: *cost.* 20, *Cod. ex quib. caus. infam. irrogat.*, II, 12). [1]

§ 258. Dicesi *interusurio* (*interusurium, repræsentatio, commodum temporis medii, vel repræsentationis*), oggi *sconto*, quell' abbuono che il debitore può esigere, perchè col consenso del creditore paga innanzi la scadenza un debito infruttifero (fr. 9, § 8, *Dig. de peculio*, XV, 1; fr. 66, *pr.*, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2; fr. 1, § 2, 12, *Dig. de dote prælegata*, XXXIII, 4; fr. 82, fr. 88, § 5, *pr.*, *Dig. de legatis*, II, 31). Il Carpzovio insegnò, che per ragione di interusurio, al debitore fosse lecito: *ritenersi una somma uguale agli interessi, che il creditore può nel frattempo percipere dal capitale.* La pratica abbracciò invece il sistema di Hoffmann (coerente allo spirito delle leggi romane; vedi fr. 3, § 2, fr. 88, § 3, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2), pel quale si sostiene, che il debitore debba pagare una somma, che con gli interessi ordinari, calcolati fino al giorno della scadenza del debito, equivalga al capitale originariamente dovuto. Il Leibnizio aggiunse, che si doveva tener conto eziandio degli interessi degli

[1] L' interesse pel nostro Codice è *legale*, o *convenzionale* (art. 1831).

L' interesse *legale* è determinato nel *cinque per cento* in materia *civile*, e nel *sei per cento* in materia *commerciale*, e si applica nei casi in cui l' interesse sia dovuto, e manchi una convenzione che ne stabilisca la misura (art. 1831, capoverso 1°).

Il capoverso 2° del citato articolo 1831 sanziona il principio, omai ammesso da tutti gli economisti, che nessun limite deve la legge imporre alla misura dell' interesse convenzionale. Infatti dichiara: che l' *interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti*. Peraltro il capoverso seguente, saviamente aggiunge che nelle materie civili l' interesse convenzionale eccedente la misura legale *deve resultare da atto scritto;* altrimenti (e qui la pena forse è soverchia) *non è dovuto alcuno interesse*.

Contro il principio del diritto Romano Giustinianeo che proibiva l' interesse degl' interessi (anatocismo) l' articolo 1232 dispone che gl' interessi *scaduti* possono produrre altri interessi, o nella tassa legale in forza di giudiziale domanda, e *dal giorno di questa*; o nella misura che venga pattuita in forza di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi. L interesse convenzionale o legale di interessi scaduti per debiti civili, non comincia a decorrere se non quando trattasi di interessi dovuti per una *annata intiera*, salvo però riguardo alle casse di risparmio ed altri simili istituti, quanto fosse altrimenti stabilito nei loro respettivi regolamenti (art. 1232, capoverso 2°).

Nelle materie commerciali, l' interesse degl' interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini (art. 1232, capoverso 1°).

Le rendite scadute, come i fitti, le pigioni, ed i frutti maturati delle rendite perpetue o vitalizie, producono interessi dal giorno della *domanda giudiziale*, o *della convenzione*. La stessa regola si osserva per la restituzione dei frutti e per gli interessi legali pagati da un terzo al creditore a scarico del debitore (art. 1233).

Gl'interessi pel Codice nostro derivano o *da legge*, come nei molti casi che esso contempla (p. e., negli art. 2 14 capoverso, 308, 503, 505, 507, 509, 865 n° 2, 1013 1147, 1397, 1445, 1509, 1710, 1750, 1755 1945 ec.) o da testamento (art. 865 n° 1) o da convenzione, o dalla mora (art. 1231 1750, 1852 ec.).

interessi a scaletta, talchè secondo il suo sistema il debitore deve pagare una somma (x), che con gli interessi degli interessi (interesse composto) calcolati fino al giorno della scadenza, sia eguale al capitale originario dovuto. Matematicamente parlando, questo sistema del Leibnizio è il più esatto.

PARTE III.

Fonti delle obbligazioni. [1]

§ 259. Nel fr. 1, (*Dig. de obligationibus et actionibus*, XLIV, 7), troviamo scritto: « Obligationes aut ex contractu nascuntur, » aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum » figuris: » nelle Istituzioni imperiali al § 2 *del titolo de obligationibus* (tit. 13, lib. III), è invece dichiarato che le obbligazioni nascono « aut ex contractu, aut quasi ex contractu, aut ex ma- » leficio aut quasi ex maleficio. » Combinando insieme queste due enumerazioni, bisogna ritenere che Fonti delle obbligazioni sono in diritto Romano:

I. le convenzioni (*contractus*, *pacta*),

II. i malefizi, o delitti (*maleficia*, *delicta*),

[1] Il Codice Civile enumera le cause dell'obbligazione nell'articolo 1097, nel modo seguente: le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi contratto, da delitto o quasi delitto. È una enumerazione identica a quella romana, se nonchè invece delle *variæ causarum figuræ* del diritto Romano, il Codice parla di *legge*. Intorno al merito scientifico di questa enumerazione si può osservare, che la legge concorre come causa in tutte le obbligazioni; non havvi obbligazione in cui non concorrano il *fatto umano* e la *legge*. Senonchè è vero che in alcune obbligazioni la legge si limita a sanzionare il fatto umano, che è l'elemento predominante del rapporto obbligatorio; ed in altre invece la legge sanziona un principio di equità di cui il fatto umano richiede l'applicazione; e la legge è allora l'elemento più importante del rapporto obbligatorio. Laonde può sempre difendersi la enumerazione dell'articolo 1097, quando si intenda che per quelle obbligazioni dall'articolo qualificate come derivanti dalla *legge*, si vuole significare quelle in cui l'elemento *obiettivo* predomina, ed appunto perchè *predominante* è il solo espresso nel titolo loro; mentre per le altre (derivanti da contratto, quasi contratto, delitto, quasi delitto) si vuole indicare quelle in cui predomina l'elemento *subiettivo*, e perciò esso solo viene indicato. Indubitabilmente poi, è migliore partito il ricordare la *legge* come causa di obbligazione, che usare le espressioni generiche *variæ causarum figuræ*, del diritto Romano.

Il Codice invece di *convenzione* (causa di obbligazione) parla di *contratto*, perchè sparita pel Codice la differenza fra *contratti* e *patti*, l'espressione *contratto* è adoperata genericamente. Del contratto il Codice dà una definizione (art. 1098) simile a quella che abbiamo dato della convenzione, giacchè lo dice: l'accordo di due o più persone per costituire regolare o *sciogliere* un vincolo giuridico. Inelegante ci pare per altro, il parlare di *contratto* come *causa di scioglimento*; la *convenzione* può sciogliere il vincolo, ma il *contratto*, stando all'etimologia della parola *lega, obbliga, non scioglie.*

III. Diverse altre cause (*variæ causarum figuræ*), fra le quali speciale importanza hanno i *quasi contratti*, ed i *quasi delitti*.

CAPITOLO I.

DELLE OBBLIGAZIONI NASCENTI DA CONVENZIONE.

(*Dig.* lib. II, tit. 14, *de pactis; Cod.* lib. II, tit. 3, *de pactis.*)

§ 260. Nel trattare della prima e più importante fra le Fonti delle obbligazioni, adopriamo la voce *convenzione* anzi che la voce *contratto*, adoprata nel testo, perchè la parola *contratto* ha in diritto Romano un significato tecnico limitato in contrapposto a *patto*, e la parola *convenzione*, più generica (fr. 1, § 3, *Dig. de pactis*, II, 14), abbraccia tanto i contratti quanto i patti. Ciò premesso, noi definiremo la convenzione (*conventio, pactio*), come la *riunione del consenso di due o più persone*, *intese a costituire, regolare, o sciogliere un rapporto giuridico fra loro; duorum, pluriumve in idem placitum, consensus* (fr. 1, § 2, *Dig. de pactis;* fr. 3, *pr., Dig. de pollicitat.*, L, 12). Affinchè una convenzione sia fonte di obbligazione è necessario il concorso di queste condizioni:

a) *Capacità* nelle *persone* che vogliono concluderla.

b) *Possibilità fisica e giuridica* del *fatto determinato, vantaggioso* al *creditore, dovuto* dal debitore, obietto della convenzione.

c) *Consenso* delle parti. [1]

[1] L'articolo 1104 del Codice dichiara requisiti essenziali per la validità di un contratto: 1° la capacità di contrattare, 2° il consenso valido dei contraenti, 3° un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione, 4° una causa lecita per obbligarsi.

Il Codice enumera quì i requisiti essenziali di *ogni e qualunque contratto;* vi sono poi alcune categorie di contratti che hanno inoltre come requisito essenziale la *tradizione*, ed altri la *scrittura;* ma di questi speciali requisiti non era nell'articolo 1104 il luogo a parlare, perchè quell'articolo, ripetesi, appella ai requisiti essenziali di ogni e qualunque contratto.

All'articolo 1105 dispone che qualunque persona può contrattare se non è dichiarata incapace dalla legge. Sono incapaci di contrattare nei casi espressi dalla legge i minori, gli interdetti, gli inabilitati, le donne maritate, e generalmente tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti (art. 1106). Ma la persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato o della donna maritata con cui essa ha contrattato (art. 1107). Laonde ci pare evidente che se il contratto concluso con costoro fosse *unilaterale* e la persona che verso di loro si obbligò, era capace di contrattare, il contratto sarebbe valido; giacchè l'incapace di contrattare (ove sia *capace di consentire* e *consenta*) *obbliga* gli altri *a sè; se* poi fosse un contratto *bilaterale* rimarrebbe *claudicante*, cioè obbligherebbe soltanto la parte capace di contrattare.

a) *Capacità nelle persone.*

§ 261. In generale, qualunque persona è capace di concludere una convenzione; si eccettuano per altro, quelle persone che non hanno volontà razionale, come gli infanti, i dementi meno che nei lucidi intervalli (vedi nel lib. I, § 16, 23, 222, 258). Queste persone sono assolutamente incapaci di concludere convenzioni, e di contrarre conseguenziali obbligazioni civili e naturali. Hanno capacità *limitata* alle convenzioni:

a) I prodighi, i quali sono incapaci di quelle convenzioni, che li obbligherebbero passivamente, e che diminuirebbero il loro patrimonio (vedi sopra lib. I, § 23, lett. *b*, § 259, le loro convenzioni di questo genere, non darebbero vita neppure ad un' obbligazione naturale.

b) Gli impuberi, che hanno superato l' infanzia (lib. I, § 17). I pupilli impuberi non possono senza l' *auctoritas* del tutore fare convenzioni, che importino alienazione od obbligazione (vedi lib. I, § 224). Era controverso se dalle loro convenzioni di quel genere, nascesse almeno un' obbligazione naturale, ma è indubitato che l' opinione affermativa prevaleva. [1]

c) I minori di 25 anni, sieno essi *liberi*, od abbiano un curatore, (vedi lib. I, § 263, e 264). L' obbligazione di un minore di 25 anni, che non è *civilmente* valida perchè conseguenza di una convenzione conclusa senza l' assistenza di un curatore, vale *naturaliter*. Il minore infatti è capace di intendere e di volere, e comunque le sue facoltà intellettuali non abbiano forse ancora raggiunto quel grado di svolgimento del quale sono capaci, nè il suo senno sia stato fatto maturo dall' esperienza, tuttavia non si può ammettere, che le sue convenzioni abbiano efficacia minore di quelle contratte dal pupillo, senza l' *auctoritas* del tutore. Laonde quei passi del testo relativi al pupillo, nei quali si dichia-

[1] L' opinione affermativa è professata nei fr. 42 *pr.*, *Dig. de jurejur.*, XII, 2; fr. 21 *pr.*, *ad leg. Falcid.*, XXXV, 2; fr. 64, *Dig. ad S.C. Trebell.*, XXXVI, 1; fr. 25, § 1, *Dig. quando dies legati*, XXXVI, 2; fr. 43, *Dig. de obl. et act.*, XLIV, 7; fr. 127, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 1, § 1, *Dig. de novat.*, XLVI, 2; coi quali confrontano Gajo, III, 119, 176. *Instit.*, § 3, *quib. mod. obl. toll.*, III, 29; fr. 1, § 13, *Dig. de obl. et act.*, XLIV, 7. L' opinione negativa apparisce nei due soli fr. 41, *Dig. de cond. indeb.*, XII, 6; fr. 59, *Dig. de obl. et act.*, XLIV, 7.

ra, che le convenzioni concluse senza l'*auctoritas* del tutore l'obbligano *naturalmente*, debbono a più forte ragione valere pel minore di 25 anni, che si obbliga senza il consenso del curatore nei casi in cui è necessario tal consenso (lib. I, § 18, e § 264).

d) Le donne non si obbligano nè civilmente, nè naturalmente per le convenzioni, con le quali assumessero una mallevadoria.

e) Gli schiavi, mancando di personalità giuridica, non possono concludere convenzioni, che li obblighino *civilmente*. Altrove fu detto quando le loro obbligazioni potessero valere, almeno *naturalmente* (vedi lib. I, § 27, lett. *a*, e § 234 del lib. II, vol. II).

b) ***Possibilità fisica e giuridica, del fatto determinato vantaggioso al Creditore, dovuto dal Debitore, obietto della Convenzione.***

§ 262. 1) Il *fatto*, obietto della Convenzione, ha da essere *possibile*, sì *fisicamente* come *giuridicamente*. Sarebbe nulla la convenzione colla quale taluno si obbligasse ad un fatto fisicamente impossibile, *impossibilium nulla obligatio est.* (fr. 185, *Dig. de reg. jur.*, L, 17; fr. 35, *Dig. de verb. oblig.* XLV, 1), come a toccare il cielo con un dito (*Instit.*, § 11, *de inut. stip.*, III, 19); o a prestare il fatto di un altro (*Instit.*, § 3, *de inut. stipul.* III, 19; fr. 83, fr. 97, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1); a dare una cosa che non esiste in natura, e non può esistere; p. e. un centauro (*Instit.*, § 1, *de inut. stip.*; III, 19, Gajo, III, 97; fr. 1, § 9, *Dig. de obl. et act.*, XLIV, 7), od una cosa che è distrutta o perita: come il servo Stico che è morto (*Instit. e Dig.*, *loc. cit.*). Parimente nulla, sarebbe la convenzione con la quale taluno si obbligasse ad un fatto *giuridicamente impossibile*. Tale sarebbe il trasferire ad un altro il dominio di una cosa che già gli appartiene, conciossiachè (come dicono volgarmente) *res mea plus quam semel mea esse non potest*, o *quod meum est, meum fieri non potest* (fr. 1, § 10, *Dig. oblig. et act.*, XLIV, 7; *Instit.*, § 14, *de actionibus*, IV, 6); od il promettere di fare avere una cosa fuori di commercio, per esempio una cosa sacra o religiosa (*Instit.*, § 2, *de inut. stip.*, III, 19; Gajo, III, 97; fr. 1, § 10 e 11, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7; fr. 82 e fr. 83, § 5, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1), o una cosa turpe, e che per disposto di legge non può essere prestata, nè obbligata (fr. 15,

Dig. de condit. instit, XXVIII, 7; fr. 7, § 3, *Dig. de pactis*, II, 14).[1] Nulle poi, per espresso disposto di legge, sono tutte le convenzioni che vanno sotto il titolo di *pactum commissiorum* (nel pegno), di *pactum ne dolus prœstetur* (dei quali abbiamo già parlato), di *pactum quotœ litis*, pel quale il causidico pattuisce di prendere in ricompensa delle sue funzioni una parte aliquota della cosa controversa (fr. 53, *Dig. de pactis,* II, 14; *cost.* 5, *Cod de postulando*, II, 6); di *patto sull' eredità di una persona viva* del quale tratteremo in materia di successione ereditaria; (*cost.* 30, *Cod. de pactis*, II, 3). Queste convenzioni, come in generale tutte quelle immorali criminose, o *contra legem,* sono radicalmente nulle (fr. 45, § 1, *Dig. de reg. juris*, L, 17, *cost.* 5, *Cod. de legibus*, I, 14, *cost.* 6, *Cod. de pactis*, II, 3) Se non che è da osservare, che quegli il quale per convenzione si è obbligato a fare avere ad altri una cosa che più non esiste (p. e., un edifizio già bruciato o rovinato nel momento della promessa), od una cosa andata fuori di commercio (p. e., un fondo divenuto religioso), è astretto ad indennizzare la persona verso la quale contrasse quell' obbligo, quando lo contrasse in mala fede, vale a dire sapendo di obbligarsi ad un fatto impossibile (fr. 57, § 1, e 2; fr. 62, § 1, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1), mentre la persona verso la quale si obbligò era in buona fede. Generalizzando diremo dunque, che le convenzioni le quali hanno per obietto un fatto giuridicamente o fisicamente impossibile, se il promittente è in cattiva fede e lo stipulante è in buona fede, producono l' effetto di obbligare quello ad indennizzare questo (*Instit., § 5, de emt. et vendit.*, III, 23; fr. 4, 5, e 6; fr. 22; fr. 23; fr. 34, § 1, 2; fr. 62, § 1; fr. 73, *Dig. de contrah.*

[1] Consentaneo in questo col diritto Romano il Codice dichiara che le sole *cose in commercio* possono formare oggetto di contratto (art. 1116). Prescrive ancora che la cosa la quale forma oggetto di contratto sia determinata *almeno nella sua specie*. Con le quali parole vuole escludere non già tutte le obbligazioni *di genere*, bensì quelle di un genere tanto sommo che potesse il promittente sdebitarsi con una prestazione che non riuscisse di nessuna utilità allo stipulante.

Ammette che la *quantità* della cosa possa essere *incerta* purchè si possa determinare (art. 1117).

Riconosce che ancora le cose *future* possono formare oggetto di contratto. Ma vieta di rinunziare ad una successione non ancora aperta, o di fare qualunque stipulazione intorno alla medesima, sia con quello della cui eredità si tratta, sia coi terzi, quantunque intervenisse il consenso di esso (art. 1118). Disposizione quest' ultima contraria alla *cost.* 30, *Cod. de pactis*, perocchè per tale costituzione se la persona della cui eredità si tratta consente alle convenzioni che altri fanno sulla eredità di lei, e persevera nel consenso fino alla morte, siffatte convenzioni valgono.

emt., XVIII, 1). Sebbene sia nulla la convenzione, con la quale taluno si obbliga a fare avere ad un altro una cosa, che non esiste e non può esistere, valida sarebbe se quella cosa, che non esiste nel momento della convenzione, potesse esistere in seguito: p. e., la vendemmia del futuro anno (fr. 73, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). La convenzione di *fare avere* la *cosa altrui* non è nulla, nè per impossibilità fisica, nè giuridica. Ed in vero il non essere proprietari della cosa nel momento in cui si promette, non osta al possibile adempimento della promessa: perocchè il promittente possa, prima che giunga il giorno di quell'adempimento, divenire proprietario della cosa che ha promesso di fare avere, oppure possa indurre il proprietario ad abilitarlo ad eseguire la promessa; l'aver promesso la cosa altrui, può dunque fare incontrare delle difficoltà o degli incomodi al promittente, nell'eseguire ciò cui si è obbligato (come appunto si osserva nel fr. 137, § 4, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1), ma non è causa di nullità della convenzione: la quale anzi avrà sempre per effetto l'obbligo del promittente di mala fede d'indennizzare lo stipulante di buona fede, qualora quel primo non *faccia* quello che ha promesso a favore di questo secondo (fr. 28; fr. 34, § 3, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 137, § 4, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Abbenchè sia un assioma giuridico, *res mea, plus quam semel mea esse non potest*, e perciò sia nulla la convenzione con la quale il proprietario di una cosa si facesse promettere da un altro che costui gliene trasferirà la proprietà, tuttavolta questa convenzione potrebbe essere valida, quando fosse stata fatta sotto la condizione: *se la cosa non fosse più mia* (fr. 31; fr. 98, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).

2) L'obietto della convenzione deve essere *determinato*, o almeno *determinabile*. Se l'obietto della convenzione è così vagamente indicato, che non sia possibile determinarlo, la convenzione è nulla *per incertezza* dell'obietto stesso. Tale sarebbe per esempio la convenzione, con cui taluno si obbligasse a *dare del grano*, senza indicare qualità nè quantità; un fondo, senza indicazioni di sorta che valessero a determinarlo (fr. 75; fr. 94; fr. 115, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Ma valida sarebbe tal convenzione, se dalle circostanze del fatto resultasse ciò che le parti ebbero in mira; (fr. 94; fr. 134, § 1, *Dig de verb. obligat.*, XLV, 1), o se la legge porgesse un sussidio per stabilirlo. Così, se il padre di

famiglia promette una dote, senza indicarne l'ammontare, la convenzione è valida, perchè si intende che abbia promesso di dare quella dote, che la legge gli impone di dare, vale a dire una *dote congrua*. Ove la quantità della prestazione obietto della convenzione comunque *non determinata*, sia almeno *determinabile*, la convenzione è valida, come se alcuno dicesse: prometto darti, tanto quanto tu pagasti il tale oggetto; la relazione con un che di certo e di determinato, fa determinabile l'obietto della convenzione, e per conseguenza la convalida. È pure lecito rimettere all'arbitrio di una terza persona designata espressamente, ed estranea ai contraenti, la determinazione della quantità o qualità delle cose, obietto della convenzione; (fr. 7, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 75, e 80, *Dig. pro socio*, XVII, 2, *cost. ult.*, *Cod de contrah. emt.*, IV, 38); ma se questa terza persona, non esercita l'arbitrio delegatole, la convenzione è nulla. Valida è la convenzione in cui il determinare quello che si deve prestare è rimesso *ad arbitrium boni viri,* conciossiachè non sia questo un arbitrio illimitato, ed abbia per lo contrario confini nell'equità naturale: e l'*arbitrium boni viri* si risolva poi sempre in quello del giudice (fr. 7, *pr. Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 24, *pr. Dig. locati*, XIX, 2). Nulla sarebbe invece la convenzione, se quella determinazione fosse rimessa all'arbitrio *puro* di uno dei paciscenti, e specialmente al puro arbitrio del debitore; (fr. 108, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Verbigrazia, nulla sarebbe la convenzione in cui fosse stato detto: *darai ciò che vorrai*, perocchè potrebbe il promittente liberarsi dando un oggetto di nessun valore; per esempio un insetto; e lo stipulante non avrebbe per conseguenza nessuno interesse ad esigere l'adempimento di tale una obbligazione. Lo stesso si dica, se l'obietto della prestazione è designato in maniera così generica, che possa il promittente sdebitarsi con una prestazione, che non riesca di nessuno interesse allo stipulante; a mo' di esempio, se il promittente si fosse obbligato a dare *un animale, una pianta,* col dare un moscerino, o la più vile erba del prato, potrebbe sostenere di avere sodisfatto alla promessa. Non sarebbe lo stesso, se la cosa sebbene indicata in modo generico, pure tuttavia un vantaggio, un'utilità potesse arrecare, verbigrazia se fosse stato promesso uno schiavo, o un cavallo (fr. 84, § 3, *Dig. de legatis*, I, 30; fr. 33 in *f.*; fr. 72, § 5, *de solut.,* XLVI, 3).

3) Il *fatto,* obietto della convenzione, ha da essere *vantag-*

gioso al creditore, ossia egli deve avere un interesse a conseguirne lo adempimento, altrimenti la convenzione è nulla. Di qui deriva, che la persona la quale si fa promettere una prestazione a favore *di un terzo*, che non sia il suo erede, e senza alcun interesse proprio, in generale fa una convenzione nulla per sè e pel terzo (*Instit.*, § 19, *de inut. stip.*, III. 19; fr. 38, § 17, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).

4) Una convenzione concepita in guisa, che l'esistenza del vincolo obbligatorio derivi dal *mero arbitrio* del debitore, è *ipso jure* nulla: « Illam autem stipulationem: si *volueris dari?* inutilem esse constat. » (fr. 46, § 3, *cost. Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 7, *pr. Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1.) Mancando in siffatta convenzione pel debitore, necessità giuridica di *facere*, non si può dire che egli debba, che sia vero debitore di un fatto. Non ugualmente procederebbe la bisogna, se la prestazione fosse subordinata ad una condizione potestativa pel debitore: p. e., se fosse stato risposto accettando, alla domanda: *si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes?* (fr. 115, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Abbenchè dipenda dalla potestà del debitore, il salire o non salire al Campidoglio, l'andare o il non andare ad Alessandria: l'astenersi da quell'ascensione o da quella gita, potrebbe costargli dei sacrifizi, attalchè non si può dire in un modo assoluto dipendere dal suo *mero arbitrio*, l'adempire o no all'obbligazione contratta; e d'altronde potrebbe interessare al creditore che una tale obbligazione fosse adempiuta, o altrimenti fosse pagato il promesso.

c) *Consenso.* [1]

§ 263. La convenzione essendo: la riunione del consenso di due o più persone, intese a costituire, regolare, o sciogliere un rapporto giuridico fra loro, essa addimanda dunque il consenso del debitore e del creditore: che il debitore consenta a *facere, dare, præstare;* che il creditore consenta ad accettare. L'accettazione

[1] Il Codice nostro annovera nell'articolo 1104 il *consenso valido*, come uno dei requisiti essenziali dei contratti. Sulla *pollicitazione* non ha sanzioni speciali. Soltanto osserveremo, che nel titolo 3, lib. III delle donazioni, all'articolo 1057 dispone: che la donazione non obbliga il donante, e non produce effetto, se non dal giorno in cui *viene accettata*. È una applicazione delle regole romane sulla pollicitazione. Altre applicazioni delle regole stesse occorrono negli articoli 1196. capoverso 2° e 1263. Dunque anche ai termini del Codice la proposizione di chi offre di obbligarsi non accettata (ossia la *pollicitazione*) non obbliga e può essere revocata.

ordinariamente tiene dietro alla promessa, ma può talvolta precederla, prendendo allora la forma di interrogazione. Le *trattative preliminari* non dimostrando la decisa volontà di consentire, non danno vita ad obbligazione; e per trattative preliminari intendiamo tutte quelle proposte, risposte, domande, e repliche, che preparano la via a concludere una convenzione, ma che non la concludono, perchè contengono sempre un consenso condizionato. Una *promessa non accettata* (che in diritto Romano chiamasi *pollicitatio*), di regola non obbliga chi l'ha fatta, imperocchè fino al momento dell'accettazione, manchi la riunione dei consensi: *in idem placitum consensus*. Siffatta regola va sottoposta in diritto Romano a due eccezioni.

1° La *pollicitatio* obbliga non solo il promittente, ma ancora il suo erede, quando la promessa fu fatta a favore di una persona giuridica, come il municipio, la città, per uno *scopo determinato* (fr. 1, § 1, *Dig. de pollicitat.*, L, 12), come pel conseguimento di un posto onorifico, o per altra *giusta causa*. Ma se tal promessa fu fatta senza indicazione di uno scopo determinato, non è obbligatoria, ammenochè non avesse avuto un principio di esecuzione (fr. 1, § 2; fr. 3 *pr.*; fr. 6 *pr.*, fr. 9, fr. 14, *Dig. de pollicit.*, L, 12).

2° La *pollicitatio* di una cosa, fatta con uno scopo religioso o di pietà (*votum*), obbliga oltre chi la fece, eziandio l'erede, quando la promessa fu esteriormente manifestata (fr. 2, *Dig. de pollicit.*, L, 12); altrimenti rimane un affare di coscenza, e di competenza del fôro interno. Per diritto Canonico obbliga come promessa fatta a Dio, ancorquando non è esteriormente manifestata.

§ 264. Affinchè esista riunione dei consensi, è necessario che la promessa e l'accettazione corrispondano esattamente fra loro, per tutti i rispetti. Laonde quando il promittente intende obbligarsi sotto una *condizione*, od a *termine*, mentre lo stipulante intende che l'obbligazione sia *pura* e *presente*, non esiste convenzione, e per conseguenza non nasce obbligazione (Gajo, III, 102, *Instit.*, § 5, *de inutil. stip.*, III, 19; fr. 1, § 3, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Lo stesso avviene, se l'una parte intenda di obbligarsi a *dare* un certo oggetto, e l'altra intenda *acquistare* un oggetto diverso. Non esiste convenzione neppure, se una parte intende di farsi promettere *dieci*, mentre l'altra intende promettere *cinque*, (*Instit.*, § 5, *de inut. stip.*, III, 19; Gajo, III, 102). Nè varrebbe dire in tal caso, che almeno per *cinque*, vi è consenso delle parti, e

perciò per questo meno valere l'obbligazione; imperocchè a taluno possa far comodo dieci e non cinque, e per dieci avere voluto stipulare, mentre per cinque stipulato non avrebbe. Ma se il creditore consente a ricevere *cinque*, mentre credeva che gli fosse promesso *dieci*, la obbligazione per quei *cinque* varrà. (Così hanno da intendersi i fr. 1, § 4, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 15, *de accept.*, XLVI, 4; fr. 83, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 52, *Dig. locati*, XIX, 2). Allorquando esiste riunione dei consensi, non importa per diritto Romano, nel maggiore numero dei casi, la maniera con la quale furono prestati: la voce, la scrittura, i gesti, sono tutti mezzi idonei a consentire (fr. 4, *Dig. de fide instrum.*, XXII, 4; fr. 5, *Dig. eod.*; fr. 38, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7; fr. 52, § 9, 10, *Dig. eod.*; fr. 17, *Dig. de novat.*, XLVI, 2). Taluno fra questi mezzi potrà far nascere qualche difficoltà per la prova del consenso: ma provato che sia, la convenzione vale. La regola: *qui tacet consentire videtur*, presa nella sua generalità non è giusta. *Qui tacet non utique fatetur*, osserva con molta verità Paolo, nel fr. 142, *Dig. de reg. juris*, e sebbene sia vero che chi tace non neghi (*sed tamen verum est, eum non negare*), pure dal semplice silenzio non si può presumere il consenso, se non quando chi tace *doveva* e *poteva* nelle circostanze del fatto contradire, e non lo fece (fr. 11, § 4 *Dig. de interrog. in jur.*, XI, 1; fr. 16, *Dig. de S. C. Maced.*, XIV, 6; fr. 63, *Dig. de re judic.*, XLII, 1). Qualora le parti avessero stabilito, che la convenzione dovesse rivestire una certa forma, dovesse, p. e., essere redatta per iscritto avrebbesi da esaminare se loro intenzione fu di far dipendere il consenso e la perfezione del contratto dalla scrittura, o se vollero la scrittura come semplice mezzo di prova (*Vinnius ad pr. Instit.*, III, 23). Nel primo caso è evidente, che la convenzione non è valida, finchè non fu redatta in iscritto; nel secondo, invece, lo è subito. Nel dubbio sull'intenzione delle parti, siccome la convenzione consiste nel consenso, ed il consenso anche tacito, non che verbale, basta a concluderla: si ha da ritenere che la scrittura sia stata voluta soltanto qual mezzo probatorio.[1] Se la riunione dei consensi esiste, ha vita la convenzione, tuttochè la promessa e l'accettazione non sieno state assolutamente contemporanee;

[1] Quali sono i mezzi di prova delle obbligazioni e della loro estinzione, ammessi dal Codice, si può riscontrare nell'Appendice II apposta al 1° Volume. Notevoli sono le limitazioni stabilite quanto all'ammissione della prova testimoniale; limitazioni ignote al diritto Romano.

basta che coesistano almeno un momento; in generale la promessa può essere accettata finchè non è stata ritirata dal promittente; ma in certi negozi, massime commerciali, il ritardo ad accettare protratto oltre l'usato, vale rifiuto; e comunque il promittente non abbia ritirato espressamente la sua promessa, rimane sciolto. Del resto in questioni di questo genere, tutto dipende dalle circostanze del fatto, dalla buona fede delle parti, e dagli usi dei paesi.

§ 265. Il consenso deve essere serio, libero, illuminato; gli mancano questi caratteri, quando chi lo prestò fu indotto a consentire da dolo, violenza, od errore. È importante esaminare gli effetti di questi vizi del consenso. [1]

Dolo.

§ 266. La voce dolo (*dolus*), nel suo più esteso significato indica (l'abbiamo detto sopra § 247), *prava e positiva intenzione di nuocere;* ma in un senso più limitato, *dolus* significa *inganno*. Sotto questo punto di vista, i Romani lo distinguevano in *dolus bonus* e *dolus malus*, secondo che l'inganno veniva adoperato per conseguire un resultamento lodevole, o almeno lecito (fr. 1, § 3, *Dig. de dolo malo,* IV, 3), o invece era adoperato per danneggiare, e recare nocumento ad altri. Noi vogliamo trattare qui del dolo malo, del quale Labeone diceva: « *dolum malum esse omnem*

[1] L'articolo 1108 del Codice, in conformità del diritto Romano, dispone che il consenso *non è valido* se fu dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo.

Il dolo è causa di nullità del contratto (secondo l'articolo 1115) quando i raggiri usati *da uno dei contraenti* sono stati tali, che l'altro senza di essi non avrebbe contrattato. – È questa la distinzione fra il *dolus causam dans* e il *dolus incidens*.

Vuolsi osservare che tanto per diritto Romano, quanto pel Codice nostro, affinchè la persona circonvenuta ed ingannata possa ottenere l'annullamento della contratta obbligazione, fa d'uopo che il dolo o il raggiro derivi dall'altro contraente; mentre la violenza è causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una persona diversa da quella a vantaggio della quale fu contratta l'obbligazione (si confrontino gli articoli 1115 e 1111). Questa differenza, che esisteva ancora in diritto Romano fra l'*actio doli* e l'*actio quod metus causa*, si spiega pensando, che l'autore di una violenza è quasi sempre ignoto alla persona che la soffre, e quindi sarebbe stato porre a troppo duro partito il violentato, se gli si fosse accordato soltanto un ricorso contro l'autore della violenza. Ma nel dolo ciò poteva farsi senza inconvenienti, perchè l'estraneo che usò i raggiri e trasse in inganno, deve essere noto a chi si lasciò ingannare, altrimenti non gli avrebbe prestato fede; quindi bastava dare azione all'ingannato contro quell'estraneo. Se poi non lo conosceva, imputi a sè l'avere prestato fede ad uno sconosciuto (Vedi il fr. 14, § 3, *Dig. de dolo malo*).

» *calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum,* » *fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* » (fr. 1, § 2, *Dig. de dolo malo*, IV, 3, *conf.;* fr. 7, § 9, *Dig. de pactis,* II, 14; fr. 43, § 2, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1). Quando ambedue le parti sono in dolo, si fa luogo a compensazione fra il dolo dell' una ed il dolo dell'altra parte, senza aver riguardo all' estensione del danno resultante dal dolo respettivo; ed a niuna fra esse lice sperimentare un' azione per ottenere l' esecuzione dell' obbligazione, nè per conseguire il risarcimento del danno (fr. 57, § 3, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1 ; *Dig. eod.;* fr. 34, § 3, *Dig. eod.;* fr. 36, *Dig. ce dolo malo* IV, 3; fr. 154 *pr.*, *Dig. de reg. juris*, L, 17). Se poi una sola delle parti è colpevole di dolo, bisogna distinguere: se il dolo fu adoperato in uno dei *negotia stricti juris,* oppure in uno dei *bonæ fidei negotia.*

a) Il dolo nei *negotia stricti juris,* autorizzava la parte che ne era stata vittima, ad intentare l'*actio doli,* od a chiedere la *in integrum restitutio.* In un modo o nell'altro, il giudice dichiarava risoluto il contratto. L'*actio doli* (azione introdotta dal pretore) faceva conseguire il risarcimento di qualunque danno, ed il *reo convenuto*, condannato in conseguenza della medesima, incorreva nell'infamia (fr. 18 pr., § 1, 4, *Dig. de dolo malo*, IV, 3; fr. 1 *pr.*, *Dig. de his qui not. inf.*, III, 2). – Se poi il contratto non fosse stato eseguito, la persona che era rimasta vittima del dolo, era dal pretore soccorsa mediante l'*exceptio doli* (Gajo, IV, 116, 19; *Instit.*, § 1., *de exceptionibus,* IV, 13; *Dig. Tit. de doli et metus exceptione,* XLIV, 4). Tanto l'*actio* quanto l'*exceptio doli* erano personali; era lecito intentarle soltanto contro il colpevole di dolo (fr. 2, § 1, *Dig. de doli exc.*, XLIV, 4; fr. 4, § 27, 33, *Dig. eod.;* fr. 15, § 3, *Dig. de dolo malo*, IV, 3). Allorquando la risoluzione del contratto fosse stata impossibile, od essa non fosse riuscita bastevole a indennizzare la parte lesa, questa poteva con l'*actio doli* ottenere il risarcimento dei danni e gli interessi, od una riduzione nella prestazione dovuta (fr. 18 pr., § 1, 4, *Dig. de dolo malo*, IV, 3).

b) Il dolo nei *negotia bonæ fidei,* dava diritto alla parte lesa, di non soffrirne le conseguenze, senza bisogno che il pretore la soccorresse o con l'*actio,* o con *l'exceptio doli;* per l'indole stessa di questi contratti vi era difesa contro il dolo (fr. 152, § 3, *Dig. de reg. juris,* L, 17), *bonæ fidei judicio, exceptiones doli mali in-*

sunt. E se l'*exceptio doli* non avesse potuto giovare, perchè già eseguito il contratto, la parte lesa poteva con l'azione derivante dal contratto stesso, ottenere il risarcimento del danno sofferto; poichè quando era sperimentata un' azione derivante da un negozio di buona fede, dovevasi giudicare *ex æquo et bono, ut inter bonos agier oportet* (*Instit.*, § 5, *de emt. et vend.*, III, 23; fr. 7, § 3, *Dig. de dolo malo*, IV, 3; fr. 9 *pr.*, *Dig. eod.*; fr. 11, § 5, *Dig. de act. emti,* XIX, 1; *cost.* 5, *Cod. de rescind. vend.*, IV, 44; *cost.* 2, *Cod. de act. emti,* IV, 49). - Se non che in questi contratti di buona fede, si distingueva il *dolus causam dans,* dal *dolus incidens. Dolus causam dans,* o *principale,* è il dolo che fu causa della convenzione, talchè senza di esso la convenzione non sarebbe stata conclusa, dalla persona che ne fu vittima; *dolus incidens* o *incidentale* è il dolo che ebbe influenza sopra alcuni accessorii della convenzione, la quale sarebbe stata conclusa ancora senza l' uso del dolo. - Or bene, il dolo *principale* autorizzava la parte lesa ad ottenere la risoluzione della convenzione (fr. 12, § 1, *Dig. de jure dotium*, XXIII, 3; fr. 7, *Dig. de dolo malo,* IV, 3; fr. 11, § 5, *Dig. de act. emti*, XIX, 1), il dolo *incidentale* non dava diritto che ad ottenere un risarcimento del danno, od una diminuzione della prestazione dovuta dalla parte, che fu ingannata (fr. 13, § 4; fr. 32, *Dig. de act. emti,* XIX, 1; fr. 45, *Dig. de contrah. emt.,* XVIII, 1). - Ma poteva darsi, che di dolo si fosse reso colpevole una persona diversa da quelle due che figuravano nella convenzione, respettivamente come creditore e debitore; allora con l'*actio doli* si sarebbe potuto ottenere da essa, il risarcimento dei danni, e gli interessi (fr. 7 *pr.;* fr. 15, § 3; fr. 17 *pr.;* fr. 18 § 30; fr. 20, *Dig. de dolo malo,* IV, 3).

Violenza. [1]

§ 267. La violenza, che viene esercitata per costringere taluno a concludere una convenzione, se *fisica* (*vis*) è causa di nul-

[1] Eziandio pel Codice la *violenza* (*morale*) è causa di nullità; ed ancora per disposto del Codice, la violenza (*morale*) usata contro colui che ha contratto l' obbligazione è causa di nullità, sebbene sia stata usata da una persona diversa da quella a vantaggio della quale è fatta la convenzione (art. 1111).

Il consenso si reputa estorto con violenza, quando questa è di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata, e da poterle incutere ragionevole timore di esporre *sè,* o le *sue sostanze* da un *male notabile.* Si ha riguardo in questa materia all'*età*, al *sesso,* ed alla *condizione* delle persone (art. 1112).

La violenza (*morale*) è causa di nullità del contratto, anche quando il male

lità della convenzione stessa; e se è *morale*, vale a dire se fu mediante l'impressione del timore (*metus*), che la convenzione fu contratta, per diritto Romano a rigore non avrebbe annullato tal convenzione: perchè i giureconsulti Romani imbevuti dei principii della stoica filosofia, ritenevano, che la volontà comunque coatta, fosse pur sempre volontà (fr. 21, § 5, *Dig. quod metus causa*). Se non che il pretore dava al debitore l'*exceptio quod metus causa*, contro il creditore che avesse richiesto la esecuzione dell' obbligazione contratta sotto l'impressione del timore; e se l' esecuzione fosse avvenuta, l'*actio metus causa* per ottenere il risarcimento del danno. Inoltre la parte lesa qual mezzo sussidiario, poteva implorare la *in integrum restitutio* (fr. 9, § 3, 6, *Dig. quod metus causa*, IV, 2; *cost.* 3, *Cod. de his quæ vi*, II, 20; *cost.* 2, *Cod. de rescind. vend.*, IV, 44). L'*actio quod metus causa* potè essere esercitata dal debitore, ancora nei *bonæ fidei negotia*, perchè più vantaggiosa dell'azione nascente dal contratto, con la quale avrebbe potuto d'altronde sottrarsi alle conseguenze pregiudicevoli della violenza (fr. 21, § 4, *Dig. quod metus causa*, IV, 2; *cost.* 1, 8, *Cod. de rescind. vendit.*, IV, 44); la diciamo più vantaggiosa, perchè se il reo convenuto non restituiva volontariamente ciò che doveva, veniva condannato a pagare il quadruplo (fr. 14, § 1, 2, 7, 10, 14, *Dig. quod metus causa*, IV, 2; § 2, *Dig. eod.*). L'*actio* e l'*exceptio quod metus causa* non erano, alla pari dell'*actio* e dell'*exceptio doli*, personali (*in personam*), ma erano *in rem scriptæ*, vale a dire potevano essere sperimentate, oltre che contro la persona che aveva esercitato la violenza, ancora contro chi aveva risentito vantaggio dalla medesima. Laonde l'*exceptio quod metus causa* avrebbe potuto essere opposta alla persona, con la quale fu conclusa la convenzione, sebbene non essa, ma un terzo estraneo fosse stato l'autore della violenza

minacciato sia diretto a colpire la persona o i beni del conjuge, di un discendente, o di un ascendente del contraente. Trattandosi di altre persone, spetta al giudice di pronunziare sulla nullità, secondo le circostanze (art. 1113).

Il solo timore reverenziale, senza che sia intervenuta violenza, non basta per annullare il contratto (art. 1114).

Della *violenza fisica* il Codice tace, ma è certo che essa *annulla* il contratto: perchè non solamente per essa non *è libero* il consenso e per conseguenza *invalido*, bensì *manca*. E la *nullità* sarebbe allora *assoluta*, e non *relativa;* come relativa è negli articoli ora citati; sarebbe dunque imprescrivibile l'azione che ne deriverebbe, mentre è *prescrivibile l'azione* trattandosi di violenza morale (vedi gli artic. 1300 e seg.).

(fr. 4, § 33, *Dig. de doli et metus exc.*, XLIV, 4), e l'*actio quod metus causa* avrebbe potuto sperimentarsi, oltre che contro la persona autore della violenza, eziandio contro chiunque ne avesse profittato, e perfino contro chi fosse stato di buona fede in possesso della cosa estorta (fr. 9, § 8; fr. 14, § 3 *in pr.*, § 5, *Dig. quod metus causa*, IV, 2; *cost.* 1, 3, 5, *Cod. eod.*, II, 20).

Errore ed ignoranza.[1]

§ 268. Errore ed ignoranza, moralmente parlando, non sono la stessa cosa; ma nel diritto civile Romano producendo gli effetti stessi, se ne tratta sempre insieme (vedi *Dig.*, *tit. de juris et facti ignorantia*, XXII, 6; *Cod. eod.*, I, 18). L'errore e l'ignoranza diconsi *di fatto* (*facti*) o di *diritto* (*juris*), secondo che si riferiscono ad un punto di fatto o di diritto (fr. 1, 2, *Dig. h. t.*, XXII, 6).

a) L'errore *di fatto*, quando non dipenda da una supina negligenza, e sia errore nel *fatto altrui*, scusa (fr. 2, 4, *Dig. h. t.*; fr. 9 *pr.*, *Dig. eod.*): l'errore nel *fatto proprio* generalmente non merita scusa (fr. 3 *pr.*; fr. 5, *Dig. h. t.*; fr. 7, *Dig. ad*, XVI, 1; fr. 5, § 1, *Dig. pro suo*, XLI, 10; fr. 42, *Dig. de reg. juris*, L, 17).

b) L'errore *di diritto* per regola non merita scusa, perchè niuno dotato di capacità ordinaria, deve ignorare la legge o errare sulla medesima (fr. 9, § 5, *Dig. h. t.*; *cost.* 12, *Cod. eod.*; *cost.* 9, *Cod. ad leg. Falcid.*, VI, 50). In generale non lice attaccare un atto concluso per errore di diritto, ammenochè non si tratti di evitare una perdita (fr. 7, 8, *Dig. h. t.*). Si scusa l'errore di diritto se per circostanze speciali, la persona che ne fu vittima, non avesse avuto mezzo di istruirsi su quel punto di diritto intorno al quale errò (fr. 9, § 3, *Dig. h. t.*; fr. 10, *Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1). Le donne, i soldati, le persone rustiche, come

[1] Secondo il Codice nostro l'*errore di diritto* produce la nullità del contratto, *solo quando ne è la causa unica o principale* (art. 1109).

L'*errore di fatto* non produce la nullità del contratto, se non quando cade sopra la *sostanza della cosa che ne forma l'oggetto*. Non produce la nullità quando cade soltanto sulla *persona* con la quale si è contrattato, eccetto che la considerazione della persona colla quale si intende contrattare, sia la causa *principale* della convenzione (art. 1110).

Vuolsi notare, che se l'errore cadesse sulla *identità della cosa* oggetto dell'obbligazione, non vi sarebbe concordia fra la volontà e la dichiarazione della volontà; l'obbligazione sarebbe allora nulla per *mancanza di consenso*: laonde nulla di una nullità *assoluta*, insanabile; in tal caso si potrebbe dire non già che il consenso è *viziato*, bensì che *manca*, come manca nell'infante, o nel pazzo, od in chi *non vuole obbligarsi*.

persone che hanno minore opportunità di conoscere la legge, e minore attitudine ad intenderla, sono trattate con più indulgenza delle altre, quanto alle conseguenze dell'errore di diritto (fr. 8, fr. 9 *pr.*, *Dig. h. t.*; fr. 38, § 2, *Dig. ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5; *cost.* 11, 13, *Cod. h. t.*; fr. 9, § 1, *Dig. h. t.*; *cost.* 1, *Cod. eod.*; fr. 2, § 7, *Dig. de jure fisci*, XLIX, 14; *cost.* 8, *Cod. qui admitti ad bon. poss.*, VI, 9). I minori poi possono sempre ottenere la restituzione in intiero per gli atti pregiudicevoli che avessero eseguito, errando sia in fatto sia in diritto, quando nessuna frode possa essere loro imputata (fr. 7, § 6, *Dig. de minor.*, IV, 4; fr. 9 *pr.*, *Dig. de juris et facti ignor.*, XXII, 6). Premesse queste nozioni generali, sono da esaminare gli effetti dell'errore nelle convenzioni.

§ 269. L'errore sull'*indole* della convenzione, e sull'*oggetto* della prestazione, annulla la convenzione medesima (fr. 18, *Dig. de rebus creditis*, XII, 1; fr. 9, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1). Lo stesso dicasi dell'errore sulle *qualità essenziali* della cosa, che è oggetto della prestazione. L'errore sulle *qualità accessorie della cosa*, obietto della convenzione, per regola non l'annulla; per altro può dare secondo i casi diritto ad ottenere risarcimento di danni, da chi trasse in errore (fr. 10; fr. 11, § 1; fr. 14; fr. 45, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 21, § 2, *Dig. de act. emti*, XIX, 1). Ma ove consti, che senza l'erronea credenza intorno a qualità accessorie della cosa, la convenzione non sarebbe stata conclusa, allora l'errore annulla la convenzione stessa (fr. 58, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1). - Queste regole valgono eziandio per l'errore sull'*estensione*, sulla *quantità*, o sul *valore* dell'oggetto (fr. 58, *Dig. de contrah. emt.*, e fr. 34, *Dig. eod.*, XVIII, 1). - L'errore sulla persona con cui contrattiamo, non ha influenza, se non quando è in considerazione di una data persona, che la convenzione è stata conclusa: come, p. e., nelle donazioni, nelle società, nel mutuo, nella costituzione di dote, ec. (fr. 6; fr. 7, § 1; fr. 8, *Dig. de cond. caus. data*, XII, 4; fr. 32, *Dig. de reb. cred.* XII, 1 *etc. etc.*). - L'errore sui motivi che hanno spinto le parti a concludere la convenzione, non la vizia: ammenochè quei motivi non sieno stati una condizione espressa della medesima, o ammenochè uno dei contraenti non abbia consentito credendosi giuridicamente obbligato a concluderla (fr. 58, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 5, § 1, *Dig. de act. emti*, XIX, 1; fr. 3, § 7, *Dig. de con-*

dict. causa data, XII, 4; fr. 65, § 2, *Dig. de condict. indeb.,* XII, 6).[1]

§ 270. Ove i contraenti abbiano nascosto sotto le apparenze di una data convenzione, una convenzione diversa, si verifica *simulazione.* La regola che domina questa materia è: *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur;* regola espressa nella rubrica del tit. 22, lib. IV, del Codice Giustinianeo. - Laonde se le parti, mentre non intendevano a contrarre un rapporto obbligatorio fra loro, lo simularono: non vi è convenzione (fr. 36, *Dig. contrah. emt.,* XVIII, 1; fr. 3, § 2, fr. 54, *Dig. de oblig. et act.,* XLIV, 7; *cost.* 21, *Cod. de transact.,* II, 4), e se sotto le apparenze di una data convenzione, ne vollero concludere una di specie diversa, bisogna stare a ciò che vollero fare realmente, e non a ciò che finsero di fare[2] (fr. 36; fr. 38, *Dig. de contrah. emt.,* XVIII, 1; fr. 6, § 1, *Dig. de act. emti,* XIX, 1; fr. 46, *Dig. locati,* XIX, 2; fr. 5, § 5, fr. 7, § 6, fr. 32, § 24, 25, *Dig. de donat. int. vir. et ux.,* XXIV, 1).

§ 271. Il subietto, l'obietto, il consenso, sono questi tre estremi della convenzione in generale; senza di questi, convenzione non esisterebbe. Ma in ogni convenzione in particolare, oltre questi estremi, esistono:

a) degli *elementi essenziali,*

b) degli *elementi naturali,*

c) degli *elementi accidentali* o *accessorii.*

§ 272. *a*) Elementi *essenziali,* sono quelli senza i quali una speciale convenzione non esisterebbe, o muterebbe natura. Tale è verbigrazia, nella compra e vendita il prezzo, senza del quale havvi donazione (*Instit.,* § 1, 2, *de emt. et vendit.,* III, 23) o non esiste convenzione.

b) Elementi *naturali* sono quelli che resultando dall'indole di una data convenzione, vi si sottintendono compresi, sebbene le parti non li abbiano espressi (fr. 3, *Dig. de reb. cred.,* XII, 1; fr. 72 *pr., Dig. de contr. emt.,* XVIII, 1). Lice alle parti, con espresse convenzioni accessorie, mutare questi elementi; a mo' di esempio, è della natura del contratto di compra e vendita, che appena perfezionato il contratto pel consenso, anche prima della tradizione, la cosa sia a pericolo del compratore: e qualora venga a perire

[1] Concorda l'art. 1119.
[2] Concordano gli artic. 1055, 773 ec.

senza colpa del venditore, la perdita della medesima ricada a carico del compratore: il quale per quella perdita non è liberato dall'obbligo di pagare il prezzo. Ma siccome tutto ciò è della natura, non dell'essenza del contratto di compra e vendita, si può benissimo convenire il contrario; se non che la persona la quale invoca questa convenzione accessoria, derogatoria a quell'elemento naturale del contratto, deve provare l'esistenza della medesima (*Instit.*, § 3, *de emt. et vendit.*, III, 24).

c) Elementi *accidentali o accessorii* di una data convenzione sono quelli, che senza essere della *natura* della convenzione, e molto meno dell'*essenza* di lei, vi sono aggiunti in forza di una clausola particolare: esempigrazia, il patto della retrovendita. Fra gli elementi accidentali delle convenzioni, sono le:

Modalità.

§ 273. La convenzione, come qualunque altro atto giuridico, può essere conclusa: a *tempo*, o sotto *condizione*; un *modo* può essere stato aggiunto alla medesima, oppure una *clausola penale*, od una *caparra*. È questo il luogo opportuno di trattare, sebbene brevemente, di siffatte modalità.

a) *Tempo* (dies).

Altrove abbiamo già parlato dell' apposizione del tempo (*dies*) all'esercizio dei diritti (vedi *Introduz.*, § 232, pag. 140, vol. I); ora, relativamente all'apposizione del tempo ad una convenzione, aggiungiamo, che quell'apposizione può verificarsi: o perchè la convenzione cominci da un dato giorno (*dies a quo*, *ex die*), oppure perchè cessi al giungere di un dato giorno (*dies ad quem*, *ad diem*). Sono su questo proposito da riscontrarsi le espressioni testuali contenute nei fr. 44, § 1, *Dig. de oblig. et action.*, XLIV, 7; fr. 56, § 4, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1, e nel § 2, *Instit. de verb. oblig.*, III, 15). Relativamente al tempo *a quo*, meritano menzione le locuzioni: *dies cedit*, *dies venit*. *Dies cedit*, in generale, significa essere giunto il giorno in cui si acquista un diritto; *dies venit* essere giunto il giorno in cui il diritto acquistato può essere tratto all'esercizio (fr. 213 *pr.*, *Dig de verb. signif.*, L, 16). In materia di diritti patrimoniali, emergenti da un rapporto obbligatorio concluso per

convenzione, *dies cedit* e *dies venit* appena la convenzione è conclusa, se essa è *presente*, cioè senza apposizione di tempo. Se poi un tempo fu apposto alla medesima, *dies cedit* subito; ma *dies venit* quando è scorso il tempo apposto all'esecuzione di lei: vale a dire il vincolo obbligatorio ha subito vita, ma non si può esercitare dal creditore il diritto che ne deriva, se non che scorso il tempo stabilito. Il *tempo,* dunque, non sospende l'acquisto del diritto patrimoniale emergente da un rapporto obbligatorio, ma sospende l'esercizio del diritto stesso; il debito esiste, solamente è ritardato il pagamento del medesimo. E però il creditore trasmette questo suo diritto ai propri eredi, qualora egli venga a morire prima che sia giunto il momento di poterlo esercitare.[1] Vedremo in seguito come in materia di testamenti e di legati, procedano regole diverse; allora ne spiegheremo la ragione.

b) *Condizione* (conditio).

La condizione è: un evento incerto e futuro, dal quale si fa dipendere l'acquisto o la perdita di un diritto; onde la distinzione fra condizione *sospensiva* e *risolutiva.* La condizione *sospensiva,* nelle convenzioni sospende l'esistenza del vincolo obbligatorio. La *risolutiva,* scioglie il vincolo obbligatorio, e rimette le cose nello stato in cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo.[2] Impropriamente la *risolutiva* si chiama *condizione*, perchè il rapporto obbligatorio concluso con essa, in realtà è *puro ed incondizionato*, soltanto cessa al verificarsi di un dato evento (*purum, quod sub conditione resolvitur;* fr. 3, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 2 *pr.*, § 1; fr. 4, § 3, *Dig. de in diem addict.*, XVIII, 2; fr. 1, *Dig. de lege comm.*, XVIII, 3). Le condizioni si distinguono in *affermative* e *negative,* secondo che l'efficacia loro dipende dalla verificazione o non verificazione di un dato evento. Si distinguono ancora in *potestative, casuali* e *miste.* Chiamansi *potestative* quelle la cui verificazione dipende dalla volontà della persona, il diritto della quale è sottoposto a condizione; *casuali* quelle la cui verificazione dipende dal caso; *miste* quelle in cui tal verificazione dipende in parte dalla volontà della persona, ed in parte dal caso (*cost. un.*, § 7, *Cod. de caducis tollendis,* VI, 51).[3] Comunemente si fa pure

[1] Concorda l'art. 1172.
[2] Concordano gli articoli, 1157, 1158, 1164.
[3] Concorda l'art. 1159.

la distinzione delle condizioni: in condizioni *possibili* ed *impossibili;* e si dicono tali *fisicamente* o *moralmente,* secondo che il loro verificarsi è possibile o impossibile per le leggi naturali, morali, o giuridiche (*Instit.* § 11 *de inut. stip.*, III, 19; fr. 15, *Dig. de cond. instit.*, XXVIII, 7).[1]

c) *Modo* (modus).

Il modo è: il destino, o l'impiego apposto ad una prestazione; per esempio: ti dò cento affinchè tu eriga un monumento (fr. 80

[1] Sono meritevoli di nota i due articoli 1163 e 1165 del nostro Codice, relativi alle condizioni.

L'art. 1163 dispone: quando l'obbligazione è contratta sotto condizione sospensiva, e prima che questa si verifichi, la cosa che ne forma l'oggetto, perisce o deteriora, si osservano le seguenti regole:

Se la cosa è intieramente *perita senza colpa del debitore*, l'obbligazione si ha come *non contratta.*

Se la cosa è intieramente *perita per colpa del debitore*, questi è tenuto al *risarcimento dei danni* verso il creditore.

Se la cosa è *deteriorata senza colpa del debitore*, il creditore deve riceverla nello stato in cui si trova senza diminuzione di prezzo. (E con queste risoluzioni concordano pienamente i fr. 8, *Dig. de peric. et commod.;* fr. 7, *Dig. de contrah. emt.*).

Se la cosa è *deteriorata per colpa del debitore*, il creditore ha diritto di sciogliere l'obbligazione (e per le leggi romane, questo diritto non avrebbe avuto) o di esigere la cosa nello stato in cui si trova oltre il risarcimento dei danni (come per diritto Romano). Il Codice dunque, concorda col diritto Romano nelle tre prime di queste risoluzioni, non in tutto nell' ultima.

L'articolo 1165 fissa poi una massima generale presa ad imprestito al diritto Francese, e che il diritto Romano non ammette almeno nella generalità nella quale in questo articolo è rivestita.

Infatti il citato articolo dichiara:

La condizione risolutiva *è sempre* sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambidue i casi.

La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze.

L'articolo 1165 dunque, ammette in generale per *tutti i contratti bilaterali* l'*jus pœnitendi*, che il diritto Romano ammetteva soltanto quanto ai contratti reali innominati (vedi il testo alle presenti note là dove si tratta dei contratti reali innominati).

Avvertasi che il citato articolo 1165, sanziona in chi si vale dell'*jus pœnitendi*, ancora il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni, mentre per diritto Romano non si poteva ottenere con la *condictio causa data causa non secuta*, se nonchè la cosa coi suoi frutti ed accessioni; frutti ed accessioni che si consideravano come facenti parte della cosa stessa; ma il *quid interest*, non era ammesso (fr. 38, § 1, *Dig. de usuris; cost.* 4, *Cod. de condict. ob. turp. caus.*) Aggiungasi, che mentre in diritto Romano la *condictio causa data, causa non secuta*, non poteva avere effetto di fronte ai terzi acquirenti della cosa data, perchè era un'azione personale esperibile contro la persona con la quale erasi contrattato, l'azione in risoluzione del contratto ha invece effetto

in f., *Dig. de condit. et demonstr.*, XXXV, 1). È importante distinguere il *modo* dalla *condizione.* Una somma promessa, *purchè, o se,* taluno eseguisca un dato lavoro, è promessa sotto condizione (*si monumentum fecerit*): la somma stessa promessa *perchè, affinchè, onde* talaltro eseguisca qual dato lavoro (*ut monumentum faciat*): è promessa con apposizione di *modo.* Differenti sono gli effetti della *condizione,* da quelli del *modo.* La condizione è *sospensiva e non coercitiva*; il modo *non è sospensivo ed è coercitivo.* Infatti: la somma promessa sotto condizione, non può essere richiesta dalla persona cui venne promessa, se non dopo la verificazione della condizione (nell'esempio nostro, dopo eseguito il monumento); la somma promessa con apposizione del modo, può essere richiesta prima dell'esecuzione del lavoro; perchè appunto deve essere impiegata ad eseguire quel lavoro; dunque la condizione sospende l'atto; il modo lo lascia in vigore (fr. 80, *Dig. de condit. et demonstr.*, XXXV, 1; fr. 17, § 2, *de manum. testam.*, XL, 4; fr. 44, *Dig. eod.*; fr. 41, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1). Non si può esigere l'adempimento della condizione, quand'anche fosse una condizione potestativa, mentre si può esigere l'adempimento del modo; e quando sia certo che non verrà adempiuto, abbiamo diritto di esigere la restituzione di ciò che fu dato perchè fosse adempiuto (*cost.* 3, *Cod. de donat. quæ sub modo*, VIII, 55; *cost.* 9 e 22, *Cod. de donat.*, VIII, 54; *cost.* 2, *Cod. de his quæ sub modo leg.*, VI, 45). Qualora il modo interessi il solo beneficato, e non chi deve prestare l'emolumento, questi non può costringere quello, all'esecuzione del modo (fr. 13, § 2, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1; fr. 71 *pr.*, *Dig. de condit.*, XXXV, 1). E se pel beneficato non sta che sia eseguito, si ritiene come eseguito (*cost.* 1, *Cod. de his quæ sub modo leg.*, VI, 45). Nel dubbio si presume l'esistenza del modo, anzichè della condizione (*argom.*, fr. 9, *Dig. de reg. juris*, L, 17).

anche contro i terzi. Infatti la risoluzione del contratto essendo inerente al contratto stesso, nel caso di inadempimento, i terzi non hanno potuto acquistare sulla cosa, obietto del contratto, maggiori diritti del loro autore, che non adempì al contratto; e risoluto il suo diritto, si risolve ancora il loro; attalchè potranno vedersi rivendicare la cosa nelle loro mani. Del resto sugli effetti della risoluzione del contratto, è da confrontare con questa, la nota al § 346 di questo 2° volume, relativa alla risoluzione della vendita per non pagamento di prezzo per parte del compratore.

d) Clausola penale (stipulatio pœnæ).

È una convenzione accessoria, con la quale il debitore promette una prestazione al creditore, pel caso in cui non eseguisca per propria colpa l'obbligo, che con la convenzione principale ha assunto, o ne ritardi l'esecuzione (*Instit.*, § 7 *de verb. oblig.*, III, 15; § 19, *de inutil. stipul.*, III, 19; fr. 11, § 2, *Dig. de recept.*, IV, 8; fr. 23, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7). - La penale è incorsa appena il promittente fa quello che aveva promesso di non fare, se la penale si riferisce alla promessa di un' omissione (fr. 122, § *ult.*, *Dig. verb. oblig.*, XLV, 1), e se la penale si riferisce alla promessa di una commissione, è incorsa appena il promittente si trova in mora nell'eseguire la sua obbligazione (fr. 23, *Dig. de receptis*, IV, 8; fr. 23, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7). - Allora il creditore ha la scelta, o di esigere la penale, o di obbligare il debitore all'esecuzione dell'obbligazione principale (fr. 28, *Dig. de act. emti*, XIX, 1; fr. 4, § 7, *Dig. de doli mali except.*, XLIV, 4; fr. 10, § 1, *Dig. de pactis*, II, 14), ammenochè non sia stato espressamente stipulato, che con la prestazione della penale, il debitore non abbia a rimanere liberato dall'esecuzione dell'obbligazione principale (fr. 115, § *de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 16, *Dig. de transact.*, II, 15; *cost.* 17, *Cod. eod.*, II, 4). Ciò è ragionevole. La penale generalmente rappresenta i danni e gli interessi dell'inesecuzione dell'obbligazione, liquidati preventivamente dalle parti: sarebbe dunque assurdo, pretendere insieme e la esecuzione dell'obbligazione principale, ed i danni dell'inesecuzione. Ma la convenzione espressa, che si debba insieme penale ed esecuzione dell' obbligazione principale, vale: perocchè allora si ritiene, che la penale sia il resultato della liquidazione dei danni del ritardo (vedi Pothier, *Trattato delle Obbligaz.*, Parte II, cap. V). - La clausola penale essendo una convenzione accessoria, la nullità della convenzione principale cagiona la nullità pure di essa (fr. 129, § 1, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 69, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1), ma non viceversa (fr. 97; fr. 122, § 3, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Sebbene la penale generalmente sia stipulata in una somma di danaro, può consistere anche in altre cose (fr. 11, § 2, *Dig. de receptis qui arb.*, IV, 8). Per regola la *quantità* della penale dipende dall'arbitrio dei contraenti, ma è proibito stabilirla in modo da eludere il

disposto *delle leggi* in materia di usure (fr. 9, *Dig. de usuris et fruct.*, XXII, 1; fr. 13, § 26, *Dig. de act. emti*, XIX, 1). Il giudice dovrebbe allora ridurre la penale ai termini di giustizia.[1]

e) *Della caparra* (arrha).

La caparra è: ciò che è dato in contrassegno di una convenzione da concludersi, o già conclusa (fr. 35 *pr.*, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 11, § 6 *Dig. de act. emti*). Se fu data in contrassegno di una convenzione da concludersi, chi senza causa legittima si ricusa a concluderla, perde detta caparra, se la diede, o deve sborsarne il doppio valore, se la ebbe (*Instit. pr., de emt. vend.*, III, 23; *cost.* 17, *Cod. de fide instrum.*, IV, 21); se poi la caparra fu data in contrassegno di una convenzione già conclusa (*arrha confirmatoria*), servendo soltanto a confermare la convenzione: eseguita che questa sia, detta caparra deve essere restituita, od imputata in ciò che la parte che la ebbe, deve ricevere dall'altra (fr. 5, § 15, *Dig. de instit. act.*, XIV, 3; fr. 11, § 6, *Dig. de act. emt.*, XIX, 1). Qualora finalmente, fosse stato fissato, che ognuno dei paciscenti avesse la facoltà di recedere dalla conven-

[1] Il Codice nostro concorda con la dottrina romana sulla penale, negli articoli 1209 a 1213, ove se ne eccettui quanto è relativo alle usure convenzionali, le quali pel Codice non hanno limite, se non nella volontà dei contraenti.

È notevole che per l'art. 1214 « la pena *può essere diminuita dal giudice*, allorchè l'obbligazione principale è stata *eseguita in parte*. » Anche da queste sole parole si potrebbe argomentare *a contrario sensu* che quando non ci fu esecuzione *neppure parziale*, il giudice non potrà ridurre la penale siccome eccessiva; ma tal principio è poi dal Codice stesso, espressamente confermato nell'art. 1230, capoverso, che lascia ai contraenti la libertà di regolare le loro obbligazioni nel modo che più loro aggrada, senza che il giudice possa modificarle col pretesto dell'equità, ed attribuire una somma maggiore o minore di quella stabilita sotto la forma di penale.

Per l'articolo 1215, quando l'obbligazione principale contratta con clausula penale, ha per oggetto una cosa *indivisibile*, la pena s'incorre per la contravvenzione di uno solo degli eredi del debitore; e può domandarsi o per intiero contro il contravventore, ovvero contro ciascun erede per la sua parte, e coll'azione ipotecaria pel tutto, salvo il regresso contro colui pel fatto del quale si è incorsa la pena.

E per l'articolo 1216, quando l'obbligazione principale contratta con clausola penale è *divisibile*, non si incorre la pena che da quello degli eredi del debitore che contravviene a tale obbligazione, e per la parte solamente dell'obbligazione principale per cui era tenuto, senza che si possa agire contro coloro che l'hanno eseguita. Ciò non ha luogo allorchè essendo stata apposta la clausola penale al fine che non si potesse fare il pagamento in parte, un coerede ha impedito che l'obbligazione venisse per intiero adempita. In questo caso può esigersi da esso la pena intera, e dagli altri eredi la sola porzione, salvo a questi il regresso (Vedi per le regole del diritto Romano in proposito, il testo alle presenti note, là dove si tratta delle obbligazioni divisibili e indivisibili).

zione già conclusa, perdendo la data caparra, o restituendo il doppio della caparra ricevuta, la caparra sarebbe un *arrha pœnitentialis* o di pentimento (*cost.* 3 e 6, *Cod. de resc. vend.*, IV, 44). Se la convenzione per la quale fu data la caparra, è sciolta per comune consenso delle parti che la conclusero, o non può essere eseguita per cause non imputabili alle parti stesse, la caparra deve essere restituita (fr. 11, § 6, *Dig. act. emti,* XIX, 1; fr. 8, *Dig. de lege commissoria,* XVIII, 3).[1]

§ 274. Data un' idea delle modalità, che possono esistere in una convenzione, è necessario ora referire alcune regole speciali, relative a talune di queste modalità.

a) La convenzione rimessa al mero arbitrio del *debitore:* p. e. *si volueris dari?* (fr. 46, § 3 *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 17, *Dig. eod.*; fr. 8, *Dig. de oblig. et act.,* XLIV, 7) annulla la convenzione.[2]

b) La condizione *affermativa, impossibile* sia *fisicamente* sia *moralmente*, annulla del pari la convenzione: p. e., *si digito cœlum attigeris, si sororem tuam nupseris tibi* (*Instit.*, § 11, *de inut. stip.*, III, 19; fr. 26; fr. 35, § 1; fr. 123, e fr. 137, § 66, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 1, § 11; fr. 31, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7).[3]

c) La condizione *negativa impossibile,* se è *impossibile fisicamente*, si considera come *non iscritta:* p. e., *si digito cœlum non attigero dari spondes?* (*Instit.*, § 11, *de inut. stip.*, III, 19; fr. 7 *in f., Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1);[4] e se è *impossibile moralmente,* annulla la convenzione: p. e., *si ob maleficium ne fiat, promissum*

[1] Pel Codice nostro la caparra è una cautela per il risarcimento dei danni in caso di inadempimento; *quando non resulti una diversa volontà dei contraenti* (art. 1217).

Laonde la parte che non è in colpa, ha la scelta o di chiedere l'adempimento della convenzione, o di tenersi la caparra che ha ricevuto; e se l'ha *data*, chiedere il doppio di quella (art. 1217, capoverso).

Il Codice dichiara nel citato articolo 1217, che queste regole procedono *quando non resulti una diversa volontà delle parti*. Infatti le parti possono avere dato alla caparra il carattere di *arrha poenitentialis*, possono, cioè avere stabilito la facoltà in ognuna di esse, di recedere dal contratto già concluso perdendo la caparra data, o restituendo il doppio della ricevuta; ma questo carattere nella caparra non si presume, pel Codice nostro: bisogna provarlo.

Per l'articolo 1230 capoverso, quando per convenzione l'accertamento dei danni derivati dell'inesecuzione dell'obbligazione, è stabilito sotto forma di caparra, il giudice non può riformarla; non può, cioè attribuire a titolo di caparra una somma maggiore o minore.

[2] Concorda l'art. 1162.

[3] Concorda l'art. 1160.

[4] Concorda l'art. 1161.

est (fr. 7, § 3, *Dig. de pactis*, II, 14); se non che quando taluno abbia promesso qualche cosa pel caso che egli promittente faccia un'azione contraria alle leggi ed al buon costume, con l'avverarsi dell' evento posto in condizione, è obbligato ad adempiere alla promessa; p. e., se fu promesso 100 pel caso in cui si eccitasse il servo altrui a rubare od a fuggire (fr. 50, *Dig. de pactis*, II, 14; fr. 121, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).[1]

d) Il *modo fisicamente* o *moralmente impossibile* si considera sempre come *non scritto* (fr. 16, *Dig. de usu et usufr.*, XXXIII, 2; fr. 37, *Dig. de condit. et demonstrat.*, XXXV, 1, *cost.* 8, *Cod. de condict. ob causam dat.*, IV, 6).

§ 275. Le convenzioni per regola, obbligano le sole parti contraenti, non sono obbligatorie per i terzi. *Res inter alios acta, aliis nec nocet, nec prodest* (*cost.* 3, *Cod. ne uxor pro marito*, IV, 12; fr. 73, § 4, *Dig. de regulis juris*, L, 17; *Cod. tit. inter alios acta vel judicata aliis non nocere*, VII, 60). Corollari di questa regola sono:

a) Che la promessa del fatto di un terzo è nulla.

b) Che la promessa, la quale ridonda a vantaggio *soltanto* di

[1] Relativamente alle condizioni, aggiungeremo che il Codice esplicitamente dichiara:

Per l'articolo 1167; che quando un' obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento segua in un tempo determinato, una tale condizione si reputa mancata, se il tempo sia spirato senza che l'avvenimento sia seguìto. Se non vi è tempo determinato la condizione può sempre essere adempita, e non si ha per mancata, se non quando sia certo che l'avvenimento non seguirà. (Concordano i fr. 6, *Dig. de obligat. et act.*; fr. 10; fr. 27 *in f.*, fr. 72, § 1; fr. 99 *in f.*, *Dig. de verb. obligat.*)

Per l'articolo 1168, che quando un' obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento non segua in un dato tempo, la condizione si intende verificata allorchè questo tempo è spirato, senza che sia seguito l'avvenimento; essa è verificata ugualmente se prima del termine, sia certo che non sarà per seguire l' avvenimento; e se non vi è tempo determinato, essa è verificata solo quando sia certo che l'avvenimento non sarà più per seguire. (Concordano i fr. 10, 27, § 1; fr. 72, § 1; fr. 99 *in f.*; fr. 115, § 1, *Dig. de verb. obligat.*)

Il Codice nostro nell'articolo 1169, sanziona il celebre principio romano sull'*adempimento fittizio* delle condizioni, cioè che la condizione si ha per adempita quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione, ne abbia impedito l'adempimento. (Concorda il fr. 161, *Dig. de regulis juris*, ed i fr. 24 e 81, *Dig. de condit. et dem.*)

Nell' articolo 1170, in conformità del diritto Romano (almeno quanto alla condizione casuale e alla mista) ammettesi che la condizione adempiuta abbia effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione (vedi AVERANI, lib. 3, cap. 9). E se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano all'erede. (Concordano i fr. 9 e 11, § 1, *Dig. qui pot. in pign. hab.*; il fr. 57, *Dig. de verb. obligat.*)

E finalmente nell' articolo 1171 riconoscesi, che il creditore può, prima che siasi verificata la condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a con-

un terzo, è parimente nulla. Questi due corollari addimandano spiegazione.[1]

§ 276. *a) La promessa del fatto di un terzo è nulla.* La per-

servare i suoi diritti (concordano i fr. 41, *Dig, de jud.*; fr. 27 *in f.;* fr. 28, fr. 38 *pr.*; fr. 67 *pr.; Dig. pro socio*).

[1] In sostanza il Codice sanziona principii analoghi a questi del diritto Romano.

Ed in vero, l'articolo 1130 dichiara che i contratti non hanno effetto che fra le *parti contraenti:* essi non pregiudicano nè giovano ai terzi, fuorchè nei casi stabiliti dalla legge.

Fra questi casi stabiliti dalla legge, alcuni sono ricordati nell' articolo 1128. L'articolo 1128 dispone che nessuno può stipulare *in suo proprio nome, fuorchè per se medesimo;* ma subito dopo aggiunge che può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una *stipulazione che fa per sè*, o di una *donazione che fa ad altri.* Chi ha fatto questa stipulazione non può revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne profittare.

In un certo senso limitano la massima sopraccennata, (cioè, che i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti), eziandio gli articoli 1234 e 1235.

L'articolo 1234 dispone: che i creditori pel conseguimento di quanto è loro dovuto possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore (concordano gli articoli 546, 680, 1032, 1565, 2112).

E l'articolo 1235 aggiunge: possono pure i creditori impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatto *in frode* delle loro ragioni; come a Roma lo potevano con l'*azione Pauliana* (concordano gli articoli 680, 949, 1294, 1422, 2112). Trattandosi di atti a titolo *oneroso*, la *frode* deve resultare dal canto di *ambedue* i contraenti; per gli atti a titolo *gratuito*, basta che la frode sia intervenuta per parte del debitore (art. 1235, capoverso 1). In ogni caso però la rivocazione dell'atto non produce effetto a danno dei *terzi non partecipi alla frode*, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rivocazione (art. 1235, capoverso 2).

Il Codice ammette che ognuno possa contrattare anche *per i propri eredi:* anzi per l'articolo 1127 è sanzionata la presunzione che ciascuno abbia contrattato *per sè e pei suoi eredi, ed aventi causa,* quando non sia espressamente pattuito il contrario, o ciò non resulti dalla natura del contratto.

Pare che l'articolo 1129 contradica al diritto Romano quando emette il principio: che taluno può obbligarsi verso un altro *promettendo* il *fatto di una persona terza;* ma il resto dell'articolo dichiara in che senso limitato questa promessa può avere effetto. Infatti ivi si dice: tale promessa dà *soltanto diritto ad indennità* verso colui che si è obbligato, o che ha promesso la ratifica del terzo, se questi ricusa di adempire l'obbligazione. Laonde in ultima analisi quest' articolo interpreta la *promessa del fatto di un terzo,* come una garanzia assunta verso lo stipulante di indennizzarlo, ove il terzo non eseguisca l'obbligazione; or bene tale promessa di garanzia anche per diritto Romano era valida ed efficace.

L'articolo 1128, poc' anzi riferito, comincia con le parole: *Nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorchè per se medesimo.* Su questa regola si osservi chè è diversa da quella romana: *alteri stipulari nemo potest.* Pel Codice nostro si ammette che in *nome di altri* si possa stipulare *per altri;* come fa per solito il mandatario, il quale, nei limiti del mandato, può stipulare pel mandante quando fa conoscere il suo mandato alla persona con la quale contratta (vedi gli artic. 1744 e 1751). Ciò che è proibito dal Codice, è di stipulare in *suo proprio nome, per altri.* Per diritto Romano invece non si poteva stipulare *per altri, neppure in nome d' altri.* E di vero il mandatario sebbene stipulasse nell' interesse del mandante, non poteva stipulare che in nome proprio; il contratto doveva avere origine dalla persona del mandatario: *ex persona mandatarii initium sumat* (fr. 11, *Dig. de obligat. et act.*) Questo principio è dichiarato meglio nel testo alle presenti note, là dove si tratta del mandato.

sona cui tal promessa è fatta, non acquista nessun diritto, nè contro il promittente, nè contro il terzo, il cui fatto fu promesso. Il terzo non rimane obbligato, perchè la sua volontà non ha concorso alla convenzione: il promittente non è obbligato, perchè l'obietto dell'obbligazione è un *impossibile* nessuno potendo prestare il fatto altrui (fr. 38, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 83; fr. 97, § 1 *pr.*, *Dig. eod.*, *Instit.*, § 3, 21, *de inutil. stipul.*, III, 19), e perchè non intese di obbligare sè, ogni qualvolta non promise il fatto proprio, sibbene l'altrui. Ma la bisogna procederebbe molto diversamente:

1° Se taluno invece di promettere il fatto di un terzo, *si obbligasse a far sì, a fare in guisa*, che un terzo desse o facesse: *se effecturum, curaturumve ut det, vel faciat* (*Instit.*, § 3, *de inut. stip.*, III, 19; fr. 81 e fr. 83, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 14, § 2, *Dig. de pecun. constit.*, XIII, 5). Tale obbligazione terrebbe, ed avrebbe per effetto di astringere il promittente a pagare i danni e gli interessi, resultanti dall'inesecuzione dell'obligazione che egli ha garantito.

2° Se tal altro, si fosse obbligato a pagare una penale o ad indennizzare lo stipulante, pel caso in cui il terzo il cui fatto promise non lo prestasse: l'obbligazione di pagare quella penale sarebbe efficace, perchè il fatto del terzo sarebbe qui, soltanto condizione di siffatta obbligazione personale pel promittente (*Instit.*, § 19, *de inut. stip.*, III, 19; fr. 38, § 17, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).

3° Finalmente, se promettendo il fatto di un terzo, abbiamo assunto mallevadoria che quel fatto sarà eseguito, l'inesecuzione del medesimo ci obbligherà a indennizzare lo stipulante: perchè facendone in quella guisa garanti del fatto altrui abbiamo obbligato la persona nostra a rilevare indenne lo stipulante da ogni conseguenza dell'inadempimento di quel fatto (fr. 5, *Dig. de duob. reis constit.*, XLV, 2). Chi promette in parte il fatto proprio, in parte il fatto altrui, rimane obbligato alla prestazione intiera, se ha promesso per sè e pel terzo in modo *alternativo*: e *pro rata*, se avesse promesso in modo *copulativo* (*Nov.* 115, *cap.* 6, *Instit.*, § 4, *de inut. stip.*, III, 19; fr. 110 *pr.*, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).

§ 277. *b*) la *promessa, la quale ridonda a vantaggio, soltanto di un terzo, è nulla.* Il terzo non può reclamare l'adempimento della obbligazione, questa non essendo stata contratta verso di

lui. Lo stipulante non può neppure esso fare quel reclamo, perchè non avendo alcuno interesse a ciò che ha stipulato a favore di un terzo, e non per sè, dall'inesecuzione della promessa non può risentire danno, che lo autorizzi a chiedere un risarcimento; laonde il promittente può violare la sua promessa, e per conseguenza non esiste obbligazione (*Instit.*, § 4 e § 19, *de inut. stip.*, III, 19; fr 38, § 17, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; *cost.* 3, *Cod. de inutil. stipul.*, VIII, 39). Tal regola non è applicabile allorquando lo stipulante ha un interesse *personale, proprio,* alla prestazione, che ridonda a favore di un terzo (*Instit.*, § 20, *de inutil. stip.*, III, 19; fr. 38, § 20, 21, 22, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1). Ed esemplificando, se taluno che si era obbligato a costruire un edifizio ad un altro, avendo altri lavori da eseguire, si fa promettere da un terzo estraneo, che desso costruirà cotale edifizio: conclude una convenzione valida, perchè ha stipulato anche nel proprio interesse; ed in vero se l'edifizio non fosse costruito da quel terzo, egli promittente sarebbe obbligato a indennizzare la persona, cui promise di farlo avere. Lo stesso dicasi nel caso, in cui taluno si fosse fatto promettere da un altro, che questi *darà, farà qualche cosa a favore di un terzo estraneo, altrimenti pagherà a lui stipulante* 100 *a titolo di penale;* se non è la prestazione a favore del terzo che importa allo stipulante, gli importa per altro la riscossione della penale nel caso di inadempimento: e per cotale interesse che egli ha nella convenzione, la medesima è valida (*Instit.*, § 19, *de inut. stip.*, III, 19; fr. 38, § 17, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Appena è necessario avvertire, che la persona la quale si fa promettere una cosa od una somma di danaro, e che conviene col promittente che costui pagherà o presterà quella somma o quella cosa, in mano di un terzo, suo incaricato a riceverla: non si fa fare una promessa a favore di un terzo, bensì a favore proprio: il terzo è qui soltanto un *adjectus solutionis gratia* (*Instit.*, § 4, *De inutil. stip.*, III, 19). Negli ultimi stadi del diritto Romano, in tre casi eccezionali non procede la regola enunciata, cioè *che la promessa, la quale ridonda a vantaggio soltanto di un terzo è nulla;* e sono questi:

a) L'ascendente nel costituire la dote ad una sua discendente, può validamente convenire col marito, che la dote dopo lo scioglimento del matrimonio verrà da esso restituita alla discendente, o ad una terza persona designata. In seguito di questa conven-

zione, secondo le circostanze, la discendente, o la terza persona, hanno una *azione utile* per conseguire la restituzione di quella dote (fr. 45, *Dig. soluto matrim.*, XXIV, 3, *cost.* 7, *Cod. de pactis conventis*, V, 14).

b) Il donante nel fare la donazione, può validamente imporre l'obbligo al donatario, in una determinata emergenza, di rendere la cosa donata ad un terzo, il quale avrà all'occasione un'*azione utile* per conseguirla (*cost.* 3, *Cod. de donat. quæ sub modo*, VIII, 55).

c) Per una costituzione di Giustiniano, è lecito farsi promettere qualche cosa a favore dei propri eredi *soltanto*: come è lecito promettere a nome dei nostri eredi *soltanto* (*cost. un. Cod. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant*, IV, 11). Così fu derogato al principio antico, che: *obligatio ab heredibus incipere non potest* (Gajo, III, 100, II, 232; *Instit.*, § 13, *de inut. stip.*, III, 19).

§ 278. Dopo aver trattato delle convenzioni in generale, è opportuno indicare le distinzioni, che si fanno delle medesime.

a) Si distinguono in primo luogo, in *unilaterali* e *bilaterali* o *sinallagmatiche*. Si dicono *unilaterali*, quando danno vita all'obbligazione di una sola delle parti, come la promessa accettata di donare, che obbliga il solo donante. Sono *bilaterali* o *sinallagmatiche*, quando danno vita ad obbligazioni reciproche e correspettive per ambedue le parti contraenti: come la compra e vendita, la locazione e conduzione, la società (fr. 19, *de verb. signif.*, L, 16; fr. 7, § 2, *Dig. de pactis*, II, 14).[1] In tali convenzioni ognunad elle parti riveste il doppio carattere di creditore e di debitore, ma di prestazioni diverse; p. e., nella compra e vendita, il venditore è obbligato a fare avere la cosa venduta, è debitore della medesima, ed è creditore del prezzo; ed il compratore viceversa è creditore della cosa venduta, ed è debitore del prezzo. Quando si riflette, che dalle convenzioni bilaterali o sinallagmatiche nascono due obbligazioni, si spiega perchè alcune di siffatte convenzioni sono indicate con due titoli diversi, l'uno dietro l'altro, come, *emtio et venditio, locatio et conductio.* Due obbligazioni derivando dalle convenzioni bilaterali o sinallagmatiche, eziandìo due azioni ne nascono: mentre un' obbligazione soltanto derivando dalle convenzioni unilaterali, ne nasce una sola azione. Ma nelle con-

[1] Concordano gli articoli 1099, e 1100 del codice.

venzioni unilaterali può avvenire che il debitore nell'eseguire la sua obbligazione soffra delle perdite o commetta delle spese, di cui il creditore per giustizia debba indennizzarlo; la legge gli accorda allora un'azione per costringere il creditore a prestargli quell'indennità. Cotale azione, per altro, deriva da fatti estrinseci alla convenzione, nasce *eventualmente,* e non deriva *direttamente;* e *necessariamente,* dalla medesima. Esempigrazia, il depositario può essere costretto dal deponente con l'*actio depositi,* a restituirgli ad ogni richiesta la cosa depositata, e tale azione nasce *direttamente* dalla convenzione del deposito, e perciò si dice *actio depositi directa;* ma se il depositario ha fatto delle spese necessarie a conservare la cosa depositata, o se questa gli ha cagionato dei danni che per giustizia egli non debba soffrire, allora per ottenere il rimborso di quelle spese, il risarcimento di questi danni, la legge gli accorda un'azione, chiamata anch'essa *actio depositi,* perchè il deposito le ha dato occasione, ma che *diretta* non si può dire, perchè non nasce *direttamente* dalla convenzione; essa chiamasi *actio depositi contraria* in contrapposto alla *directa* (*Instit.,* § 2, *de pœna temere litig.*, IV, 16; fr. 17, § 1; fr. 18, § 4 *in f.*, *Dig. commodati,* XIII, 6; fr. 8, § 2, *Dig. de negot. gest.*, III, 5; fr. 1, *Dig. de contrar. tut. act.*, XXVII, 4). Gli scrittori odierni di diritto Romano, dicono queste convenzioni, dalle quali nascono un'azione *diretta* ed una *contraria,* convenzioni *sinallagmatiche imperfette,* od ancora *inæquales,* mentre chiamano obbligazioni *sinallagmatiche perfette* o *æquales,* quelle dalle quali nascono due azioni ugualmente dirette. Nelle convenzioni bilaterali o sinallagmatiche perfette, non lice ad una parte esigere dall'altra l'esecuzione dell'obbligazione, se non ha eseguito la propria, o non è pronta ad eseguirla (fr. 13, § 20; fr. 47, *Dig. de act. emti et vend.*, XIX, 1, *cost.* 5, *Cod de act. emti,* IV, 49; fr. 13, § 8; fr. 25, *de act. emti,* XIX, 1, *cost.* 21, *Cod. de pactis,* II, 3); altrimenti la parte avversa potrebbe opporre l'eccezione del non eseguito contratto, *non impleti contractus* (fr. 13, § 8; fr. 25, *Dig. de act. emti,* XIX, 1; fr. 31 *in f.*, *Dig. de rebus credit.*, XII, 1; fr. 57 *pr.*, *Dig. de æd. edict.*, XXI, 1; *cost.* 8, *in f.*, *Cod. de act. emti,* IV, 59; *cost.* 2, *Cod. de pactis,* II, 3).

b) In *secondo luogo* distinguono le convenzioni in convenzioni *gratuite* o *lucrative*, e convenzioni *onerose.* Appellano *gratuite* o *lucrative,* od a *titolo gratuito* o *lucrativo,* quelle nelle quali una delle parti procaccia all'altra un vantaggio gratuito, senza

correspettivo; *onerose* od *a titolo oneroso*, quelle nelle quali ambedue le parti si procacciano respettivamente un vantaggio reciproco.[1]

c) In *terzo luogo* si distinguono le convenzioni in convenzioni di *buona fede*, e convenzioni di *stretto gius* (*bonæ fidei negotia, stricti juris negotia*). Convenzioni di *stretto gius*, sono quelle cui il diritto civile Romano annetteva efficacia, unicamente perchè una tale o tale altra formalità era stata osservata, formalità che quel diritto considerava come atte a far nascere obbligazione; ogni altra considerazione era esclusa, ogni circostanza precedente, concomitante la convenzione, non era valutata, e non aveva virtù di modificare gli effetti di convenzioni siffatte. Stando rigorosamente attaccati a quanto una delle parti promise all'altra, il debitore doveva prestare precisamente quello cui si era obbligato, nè più nè meno: era dunque condannato a prestare un *certum*, vale a dire un che di determinato, e di preciso. Un' espressione in sommo grado caratteristica dello *strictum jus*, occorre nelle celebri parole della legge decemvirale: *uti lingua nuncupassit*, *ita jus esto*; le quali fissano il principio riprodotto da Celso (fr. 99, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1), *quidquid adstringendæ obligationis est*, *id nisi palam verbis exprimitur*, *omissum intelligendum est*. Laonde, ove taluno interrogato con le forme solenni prescritte dal diritto civile, se avesse voluto dare 100, avesse promesso di dare, rispondendo nel modo sacramentale,

[1] Concordano con queste le definizioni, che dei contratti a titolo oneroso e a titolo gratuito, o *di beneficenza*, ci somministra l'art. 1101 del Codice.

L'articolo 1102 aggiunge che è contratto di *sorte, o aleatorio* quello nel quale per ambedue i contraenti o per l'uno di essi, il vantaggio dipende da un avvenimento incerto: come il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio.

Non occorre nel Codice la distinzione fra contratti di *buona fede* e di *stretto gius*. Anzi dall' articolo 1124 resulta che tutti i contratti sono di *buona fede*. Infatti ivi si legge: I contratti debbono essere eseguiti *di buona fede*, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano.

Abbiano o non abbiano *denominazione particolare e propria*, sono sottoposti a regole generali, le quali formano oggetto del titolo 4, libro 3 del Codice. Le regole particolari a certi contratti civili sono stabilite nei titoli relativi a ciascuno di essi, e quelle proprie delle contrattazioni commerciali nel Codice di commercio (art. 1103). Appena occorre avvertire che la distinzione che da questo articolo 1103 potrebbe dedursi fra contratti *nominati* ed *innominati*, avrebbe un significato affatto diverso da quello che aveva nel diritto Romano. Il non aver nome, cioè il non essere stati preveduti dalla legislazione, non ha pei contratti importanza nel sistema del Codice. In diritto Romano invece quelle convenzioni che la legislazione non aveva preveduto, e che non erano rivestite di azione o dalla legge o dai pretori o dagli imperatori, erano *nudi* patti, i quali non producevano effetto civile.

correlativamente alla domanda, sarebbe rimasto obbligato a dare i 100, senza che si potesse indagare se quella promessa fosse stata estorta con violenza, o carpita con inganno; conciossiachè lo *strictum jus* sia estraneo all' equità, alla consuetudine, e non rispetti altro che la lettera della convenzione (fr. 31, § 20, *Dig. de ædil. edicto,* XXI, 1; fr. 7, § 3, *Dig. de dolo malo*, IV, 3). Dicemmo altra volta (vedi sopra, § 235, lett. *a*), come il pretore per mezzo di *eccezioni* accordate al debitore, modificò a poco a poco tanto rigore di Gius. Le convenzioni di *buona fede* erano state, egli è vero, riconosciute dal diritto civile, ma ripetevano l' origine loro dal diritto delle genti: avevano conservato la nativa fisonomia, ed erano per conseguenza regolate dall' equità. Il debitore in una convenzione di questo genere, poteva opporre al suo creditore p. e., di essere stato vittima dell' errore, della frode: ed il *giudice* doveva *ex officio,* da sè, valutare queste circostanze, come ogni altra precedente, concomitante o susseguente, che per equità meritasse considerazione (*ut inter bonos agier oportet*). Quindi è che il debitore poteva essere obbligato a prestare, non precisamente *quello* e *quanto* a cui si era obbligato, ma ciò che il giudice poteva trovare equo che prestasse, e per conseguenza un *incertum* (fr. 74; fr. 75, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 6, *Dig. de rebus cred.,* XII, 1). I *bonæ fidei negotia,* erano convenzioni *bilaterali,* gli *stricti juris negotia,* invece *unilaterali:* ed in questi ultimi è notevole, che l' obbligo nasceva dalla legge e dalle solennità della promessa; quei primi erano *bilaterali,* l' obbligazione di una parte si collegava con quella dell' altra; e per determinare ciò che l' una parte doveva, era di mestiere esaminare fino a che punto l' altra parte avesse eseguito la sua promessa (Gajo, III, 137). Nei *negotia stricti juris* il debitore era obbligato a *dare,* cioè a trasferire la proprietà; in origine l' oggetto loro non poteva essere che una somma di danaro (onde la *condictio certi*); poi per estensione fu ammesso che potesse esserlo qualunque corpo certo, avente un valore determinato (onde la *condictio triticaria*), e soltanto in ultimo, anche un *facere* potè divenire objetto di stipulazione. Vedremo in seguito, come differente fosse il modo di estinzione delle obbligazioni nascenti dai *negotia bonæ fidei,* e delle obbligazioni nascenti dai *negotia stricti juris.* La diversità fra queste due specie di convenzioni, assai profonda in origine, venne a poco a poco a sparire; i pretori fu-

rono principale causa di questo riavvicinamento: da essi prodotto, specialmente mediante parecchie *exceptiones*, ed in *integrum restitutiones;* ma vi conferì eziandio il mutamento della procedura, in cui non fu più fatta la pristina distinzione fra l'*jus* e l'*judicium*, ed ancora le disposizioni legislative di Giustiniano, che diedero il carattere di azioni di buona fede ad alcune azioni, anticamente di stretto gius (*cost.* 1, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13; *cost.* 1, *Cod. comm. de legat.*, VI, 43). Ciò non pertanto, equiparamento assoluto fra lo *strictum jus* e la *bona fides* non si può dire che avvenisse; ed alcune differenze rimasero sempre, le quali servono a spiegare certe decisioni, che occorrono nelle Fonti del diritto Romano, di cui altrimenti saprebbesi malamente assegnare un plausibile motivo.

d) In ultimo luogo, la distinzione più importante, che in diritto Romano si facesse intorno alle convenzioni, è quella di *contratti* e di *patti.*[1] *Contratti* dicevansi quelle convenzioni, che nell' antico diritto producevano un' *obbligazione*, ed un' *azione*. Non furono molte in principio le convenzioni di questo genere (*negotia juris*), ma in progresso di tempo fu attribuita importanza giuridica eziandio ad altre convenzioni puramente *naturali*, ammettendo che le medesime potessero produrre una *exceptio*, ed un *jus retentionis*. Queste convenzioni, che non erano i contratti riconosciuti dal diritto civile, che non producevano nè obbligazione civile, nè per conseguenza *azione*, ma soltanto un' obbligazione *naturale*, dicevansi *patti* (*pacta*, *pactiones*, *pacta conventa*). Poi ad alcuni fra questi patti fu attribuita un' *azione*, come ai contratti; ma anche allora da questi rimasero sempre separati, e distinti. La differenza fra i contratti ed i patti, allora non fu più nel produrre quei primi un' *azione*, questi secondi un' *eccezione;* sibbene nell' avere i contratti un' azione riconosciuta dall' antico gius civile, ed i patti un' azione riconosciuta da un gius più recente. Fra i patti, alcuni ripeterono l' azione dal pretore, onde furono detti *patti pretorii* (*pacta prætoria*), altri dalle costituzioni imperiali, e furono chiamati *patti legittimi* (*pacta legitima*. La giurisprudenza aveva ben presto ammesso, che i patti aggiunti ad un *contratto di buona fede* (*pacta adjecta*), do-

[1] Nel Codice non occorre la distinzione romana fra *contratti* e *patti;* e la parola *patto*, se talvolta è adoperata, lo è soltanto per esprimere una clausula aggiunta ad un contratto (vedi, esempigrazia, l'articolo 1515).

vessero avere efficacia come parti integranti del contratto medesimo, perchè erano una condizione del reciproco consenso; laonde l'azione stessa nascente da quel contratto, fu adoperata per farli valere. I patti non compresi in queste tre categorie, rimasero privi di azione, e per distinguerli furono detti dai commentatori *nuda pacta, nudæ pactiones*. Davano vita ad un' obbligazione *naturale* soltanto (fr. 8 *in f.*; fr. 15 *pr., Dig. de præscr. verbis,* XIX, 5, *cost.* 1, *Cod. de pactis conventis,* V, 14; fr. 7, § 4, *Dig. de pactis,* II, 14; PAOLO, II, 14).

§ 279. Fu detto altra volta, che pei contratti riconosciuti dal gius civile antico, il diritto medesimo annetteva la loro prerogativa di produrre azione, a certe circostanze, che ne accompagnavano la conclusione; circostanze che dagli interpreti del diritto Romano furono indicate sotto il titolo generico e complessivo di *causa civilis* (vedi sopra, § 234, n. 3). La *causa civilis* più antica fu il *nexum;* vale a dire, il gius civile antico riconobbe come primi contratti, ossia come convenzioni che dessero vita ad una obbligazione e ad un' azione, quelle poste in essere con l'antichissima forma simbolica, che serviva a trasferire la proprietà quiritaria, cioè la *mancipatio;* atto che si compieva *per æs et libram*. La bilancia, il metallo a peso, le formule sacramentali (*nuncupatio*), che si aggiungevano all'atto della *mancipatio,* tali furono i primi modi per concludere i contratti. Fa meraviglia a prima giunta, che i Romani adoperassero le solennità di una vendita, cioè la *mancipatio,* quando non si doveva nè vendere nè impegnare, ed invece contrarre una obbligazione; ma la meraviglia cessa, quando si riflette che le prime obbligazioni volontarie che i Romani conobbero, furono quelle che si contraggono con la dazione di una cosa; in altri termini chi si obbligava, lo faceva sempre perchè riceveva dall' altra parte una qualche cosa: ed era in correspettività di ciò che riceveva, che si obbligava. Una parte dunque, dava del danaro, cioè una cosa: l'altra parte in contraccambio si obbligava a *dare*, *facere*, o *præstare;* e si obbligava a questo, mediante la *nuncupatio,* cioè mediante le formule solenni, che si pronunziavano nel momento della dazione, diverse secondo lo scopo che le parti si proponevano, ma le quali erano la legge della dazione stessa (*legem mancipii dicere*). Ciò che una parte dava, era dunque quasi il prezzo di quello che l'altra parte prometteva di dare, di fare, o di pre-

stare. La causa dell' obbligazione risiedeva per conseguenza nella dazione di una cosa (*res*), che di ordinario era il danaro (*æs*), e nelle parole solenni che l'accipiente pronunziava, obbligandosi in correspettività di ciò che aveva ricevuto (*nuncupatio, verba*). Di poi questi due elementi, che da primo dovevano concorrere per dare una causa civile all' obbligazione, (vale a dire la dazione della cosa, e le parole solenni), furono ritenuti, anche separati, come valevoli a dar vita ad un' obbligazione civile; insomma la cosa *sola* (*res*) e le *sole* parole sacramentali (*verba*), furono riconosciute come *causa civilis*. Fu questo un modo assai naturale di semplicizzare la primitiva forma di contrarre, e così lui si conobbero nel diritto civile, dei contratti e delle obbligazioni, *re et verbis*. Fin da quando i mezzi grafici vennero comunemente adoperati, ed ogni cittadino ebbe per costume di tenere un registro domestico del suo dare ed avere (*codex accepti et expensi*), cotal registro fu riconosciuto dal diritto civile: tanto che la scrittura su quel registro, le lettere (*literæ*) che vi erano vergate, le quali esprimessero che il danaro si aveva per ricevuto e pesato, supplirono alla *mancipatio*. Siffatta iscrizione fu, non tanto un mezzo di prova, quanto una forma, una *causa civile* di obbligazione, un contratto. Per cotal guisa, la *literarum obligatio* fu ammessa ed ai contratti *reali* e *verbali*, si aggiunsero i *litterali*. Finalmente in epoca meno remota, il diritto civile, assimilandosi sempre più i principii del diritto delle genti, che ogni giorno acquistava preponderanza maggiore, riconobbe, accolse, e dichiarò *causa* di obbligazione ed azione, quattro convenzioni, che si concludono mediante il semplice *consenso* delle parti; le quali sono di un uso giornaliero nella vita, e che appunto derivando dal diritto delle genti, sono regolate dall' equità e dalla buona fede naturale, vale a dire la compra e vendita, la locazione e conduzione, la società, ed il mandato. Il *consenso* adunque, fu un'ultima *causa civilis* di obbligazione. Con questi contratti *consensuali* fu chiuso irrevocabilmente il catalogo dei contratti: altri non ne furono riconosciuti dal diritto civile, e fu unicamente dietro il riflesso, che la convenzione per la quale si costituisce un diritto di enfiteusi, rassomiglia per un lato al contratto di compra e vendita, per l'altro al contratto di locazione e conduzione, ed è quasi un che di mezzo fra loro, che dall' Imperatore Zenone venne annoverato qual quinto contratto consen-

suale, il contratto enfiteuticario. Per le quali cose, i contratti in diritto Romano furono distinti in 4 categorie; *reali*, *verbali*, *litterali* e *consensuali*. Di ciascheduna di esse separatamente, andiamo adesso a trattare.

(*a*) *Dei Contratti.*

(1) *Contratti reali* (Obligationes quæ re contrahuntur).[1]

(*Instit.*, lib. III, tit. 14. *Quibus modis re contrahitur obligatio.*)

§ 280. Esistono convenzioni, le quali per dare vita ad una obbligazione e ad un'azione, addimandano, oltre al *consenso* delle

[1] Pel Codice nostro i contratti possono distinguersi in *reali*, *consensuali*, e *letterali*.

Reali sono nel sistema del Codice, come per diritto Romano, quelli che si perfezionano con la tradizione della cosa; tali sono il mutuo, il comodato, il deposito, il pegno; il Codice aggiunge l'anticresi, che nel sistema Romano era un patto che si univa al pegno.

Consensuali, quelli che si perfezionano col consenso, anche *verbale*, come pel Codice sono la compra e vendita, la permuta, la locazione e conduzione, la società, il mandato, la fideiussione, il giuoco e la scommessa.

Letterali possono chiamarsi nel sistema del Codice quelli che esigono la *formalità* della scrittura pubblica o privata, non già soltanto qual mezzo probatorio, ma qual condizione della loro esistenza giuridica, ossia *sotto pena di nullità*. Tali sono quelli enumerati dagli articoli 1314 e 1831, capoverso 2°, ed inoltre il contratto matrimoniale (art. 1382, 1433, 1443 la convenzione per la quale si costituisce un'ipoteca (art. 1978), o un pegno che ecceda le lire 500 (art. 1880). e la donazione (art. 1056): sebbene il Codice non classi la donazione fra i contratti.

Il Codice non conosce contratti *verbali*, nel senso romano di questo nome; perocchè pel Codice in *qualunque modo sia manifestato* il consenso, esso vincola, quando la legge non richiede la tradizione, come nei contratti *reali*, o la scrittura, come nei *letterali*.

Neppure di contratti *reali innominati* si trova traccia nel Codice nostro. Potendosi nel sistema del Codice concludere questi contratti tanto con formula di tempo presente, come: *do ut facias*, quanto con una formula di tempo futuro, come: *dabo ut facias*, possono considerarsi quali contratti consensuali. E che come tali li consideri il Codice, si fa manifesto dall'osservare la permuta (contratto reale innominato *do ut des*, secondo il sistema romano; collocata fra i contratti *consensuali*, dopo la compra e vendita. L'*jus pœnitendi*, che era uno dei caratteri distintivi dei contratti reali innominati nel sistema romano, il Codice lo ha esteso a tutti i contratti bilaterali (art. 1165), come abbiamo detto nella nota al § 273 sulla condizione risolutiva tacita; sebbene abbia pel Codice effetti maggiori che per diritto Romano.

Abbenchè l'art. 1103 parli di contratti che non abbiano *particolare denominazione*, non sono questi i *contratti innominati* del diritto Romano. I contratti innominati del nostro Codice producono tutti gli effetti dei nominati, quando in essi coesistono i requisiti enumerati dall'art. 1104 (capacità di contrattare, consenso valido dei contraenti, un oggetto determinato, una causa lecita).

A Roma, invece, l'abbiamo detto, i contratti che non erano preveduti dalla legislazione, ma producevano effetto civile; erano nudi patti.

parti, che l'una di queste *dia* all'altra una cosa (*res*), che l'altra parte accipiente si obbliga a *restituire*, o per aver ricevuto la quale, si obbliga a *prestarne* un'altra. L'obbligo di *restituire* o di *prestare* deriva dall'*aver ricevuto*; la condizione essenziale e caratteristica di queste convenzioni è, dunque, la *tradizione o consegna*, di una cosa, che una parte (il creditore) si fa ad affidare, *credere*, (onde *creditor*), all'altra (il debitore), che contrae pel ricevimento l'obbligo di restituirla, o di prestarne un'altra (fr. 1, *Dig. de rebus creditis*, XII, 1). Il vincolo obbligatorio nascendo in siffatte convenzioni dalla cosa (*res*), i Romani, quando parlano del modo col quale le medesime si concludono, usano la locuzione, *re contrahitur obligatio*, dalla quale i moderni scrittori trassero le denominazioni di *obligationes quæ re contrahuntur*, e di *contratti reali*. Il diritto civile Romano riconobbe da prima solamente quattro contratti reali: il mutuo, il commodato, il deposito, il pegno. In origine si addimandava per concluderli, oltre la tradizione ancora la *mancipatio*, (Gajo, I, 122; II, 60); poi bastò la tradizione. Il principio di equità naturale sul quale questi contratti si fondano (vale a dire che quegli il quale riceve una cosa per restituirla, o per prestarne un' altra in contraccambio, contrae l'obbligazione di restituire o di prestare) fu in progresso di tempo esteso ad altri casi, oltre quelli di mutuo, di commodato, di deposito, e di pegno, già riconosciuti dal diritto Romano come causa di obbligazione civile. E prendendo la parola *res* nel significato più lato, fu ammesso che nascesse obbligazione civile, eziandio quando l'accipiente, invece di una *cosa corporale*, avesse ricevuto una *prestazione qualunque*, ad intuito e con l'intendimento di dare, fare, o prestare qualche cosa in contraccambio. Di quì derivò che si ammisero altri contratti reali, oltre quei quattro più antichi surricordati; ma questi più recenti non avendo come quei primi, nomi speciali propri, ed azioni particolari che prendessero titolo (*actionum nomina*) da essi, furono detti dai moderni espositori del diritto Romano *contratti reali innominati*, in contrapposto a quei quattro *contratti reali nominati* (fr. 2, 3, 4, *Dig. de præscr. verbis*, XIX, 5).

A) Contratti Reali Nominati.

a) *Del Mutuo* (Mutuum).[1]

(*Instit. pr.*, lib. III, tit. 14, *quibus modis re contrahitur obligatio; Dig.*, lib. XII, tit. 1, *de rebus creditis, si certum petatur*, *et de condictione. Cod.*, lib. IV, tit. 2, *si certum petatur*).

§ 281. Il mutuo è: un *contratto reale nominato*, *mediante il quale una persona*, *che dicesi mutuante*, *dà gratuitamente ad un altra*, *che dicesi mutuatario*, *una somma di danaro*, *o di altre cose fungibili, affinchè divengano sue; e delle quali, scorso il tempo stabilito, deve restituire altrettanto dello stesso genere e qualità.* Del mutuo è trattato nelle Pandette sotto il titolo *de rebus creditis*, abbenchè nell' Editto del pretore sotto questo titolo si trattasse, oltre che del mutuo, eziandio del commodato, e del pegno (fr. 1, *Dig. de rebus creditis*, XII, 1). La voce *mutuum* nella sua accezione primitiva, non indicava il contratto, sibbene la cosa obietto del medesimo: il contratto si chiamava *mutui datio*, poi *mutuum* fu detto ancora il contratto. Estremi del *mutuo*, sono:

1° La *dazione* di una somma di danaro, o di altre cose fungibili, ossia la *tradizione*,

2° La qualità di *fungibili*, nelle cose che vengono date,

3° L' *intenzione* nelle parti di concludere ún *mutuo*,

4° La *gratuità* del contratto.

[1] Il Codice chiama il mutuo, ancora *prestito di consumazione*. Lo definisce come un contratto per cui una delle parti *consegna* all' altra una data quantità di cose, coll' obbligo nell' ultima di restituire altrettanto della *medesima specie e qualità di cose* (art. 1819).

È da avvertire che, anche in questa definizione, la voce *specie* è adoperata nel significato volgare, e sta ad esprimere un genere infimo, non una cosa individualmente determinata. Si osservi che sì per diritto Romano come pel Codice, questo contratto esige la tradizione, o *consegna*, poichè avendo per obietto una quantità, finchè non havvi tradizione, è sempre reputato condizionale, almeno per riguardo alla traslazione della proprietà. (Vedi art. 1450).

La promessa accettata di concludere un mutuo, sebbene costituisca un contratto, dacchè pel Codice nostro havvi contratto appena che vi è consenso, oggetto determinato, e causa lecita per obbligarsi (art. 1104), pur tuttavolta non è un contratto di mutuo; quella promessa accettata ha effetti giuridici, ma non quelli del mutuo.

Lo stesso vuolsi ripetere per gli altri tre contratti reali, che il Codice ammette: commodato, deposito, pegno; prima della tradizione non esistono; e la promessa accettata di concluderli, sebbene abbia efficacia giuridica, perchè costituisce essa stessa un contratto, è un contratto diverso dai contratti di commodato, deposito, pegno.

1° *Tradizione.*

§ 282. La tradizione delle cose obietto del mutuo, trasferisce la proprietà delle medesime nel mutuatario.[1] (*Instit. pr., quib. mod. re contrah.,* III, 14; fr. 2, § 2; fr. 13; fr. 16; fr. 11, *Dig. de reb. cred.,* XII, 1; GAJO, III, 90), dalla quale traslazione di proprietà, i Romani giureconsulti facevano derivare il titolo di questo contratto: *mutuum, quia ex meo fit tuum* (vedi *Instit. Dig.,* e GAJO, loc. cit.). Il mutuo essendo un *contratto reale,* cioè un contratto che si perfeziona *re,* esso non esiste finchè non vi ha tradizione. Il *pactum de mutuando,* ossia *di dare,* a mutuo, era valido per diritto Romano, quando era rivestito della forma della *stipulatio:* non così il patto *di prendere* a mutuo (fr. 30, *Dig. h. t.*), perchè quegli cui tal promessa fosse stata fatta, non avrebbe avuto interesse ad ottenerne l'esecuzione, attesa la gratuità del mutuo; ma il patto *di dare* a mutuo comunque valido, è cosa ben diversa dal contratto di mutuo; quest' ultimo, ripetiamolo, non esiste finchè non hà avuto luogo, la tradizione. La tradizione può eseguirsi in tutti i modi dichiarati da noi, quando parlammo di cotal modo di acquistare il dominio, e così anche in quei modi, nei quali i commentatori dicono esistere *traditio brevi manu,* e *constitutum possessorium* (fr. 9, § 8 e 9; fr. 11; fr. 15, *Dig. h. t.*), e può essere eseguita eziandio per mezzo di un rappresentante (fr. 9, § 8, *Dig. h. t.*). Affinchè la tradizione produca la traslazione del dominio, è necessario che quegli il quale dà a mutuo, sia proprietario delle cose mutuate, e che abbia capacità di alienare (fr. 2, § 4, *Dig. de reb. cred.,* XII, 1; fr. 9 *pr., Dig. de auct. et cons. tut.,* XXVI, 8, *Instit.,* § 2, *quib. alien. lic. vel non,* II, 8). Le cose mutuate da chi non era proprietario, e non aveva diritto di alienare, possono essere rivendicate; e se queste furono consumate da un possessore di mala fede, può essere sperimentata contro di lui l'*actio ad exhibendum;* se poi furono consumate da un possessore di buona fede, o se furono usucapite, allora si potrà agire con la *condictio ex mutuo,* per ottenere altrettanto (fr. 11, § 2; fr. 12; fr. 13; fr. 14; fr. 19, § 1, *Dig. de rebus creditis,* XII, 1). Siffatta azione spetta eziandio al proprietario di una somma di danaro,

[1] Concorda l'art. 1820

contro il mutuatario della medesima, se dessa gli fu mutuata, ad insaputa di quel proprietario, da un terzo (fr. 32, *Dig. de reb. cred.,* XII, 1). In tal caso, gli espositori più recenti del diritto Romano, chiamano quest' azione *condictio Juventiana*, perchè è di *Juventius Celsus* il frammento delle Pandette (*cit.*, fr. 32, *h. t.*, XII, 1), che la riconosce e l'ammette. Il pupillo, il furioso, in una parola, quelle persone che non possono alienare, non possono dare a mutuo (GAJO, II, 80, 81; *Instit.*, § 2, *quib. alien. non licet,* II, 8; fr. 11, § 2; fr. 19, § 1, *Dig. de reb. cred.,* XII, 1).

2° *Cose fungibili.*

§ 283. Obietto di mutuo possono essere soltanto cose fungibili, ossia surrogabili, altrimenti non potrebbe concepirsi come nel mutuatario passasse la proprietà delle cose mutuate, con l'obbligo in lui di dare altrettanto del medesimo genere e qualità (GAJO, III, 90. *Instit. pr., quib. mod. re contrah. oblig.,* III, 14; fr. 1, § 2, *Dig. h. t.,* XII, 1). Se invece di cose fungibili, sono date a mutuo cose impiegabili, affinchè il mutuatario le venda, e ne ritenga il prezzo a mutuo, mutuo esiste quando l'accipiente ha conseguito il prezzo (fr. 11 *pr., Dig. h. t., cost.* 8, *Cod. eod.*, fr. 19 *pr., Dig. de præscr. verb.*, XIX, 5).

3° *Intenzione nelle parti di contrarre un mutuo.*

§ 284. Se è vero, che la tradizione della cosa, è il modo col quale si perfezionano i contratti reali, e per conseguenza ancora il mutuo è altresì indubitato essere l'intenzione delle parti nel consegnare la cosa, ciò che determina la specie particolare di contratto reale, che le medesime hanno concluso (fr. 2, *Dig. de reb. cred.,* XII, 1). Questa intenzione deve essere comune: senza concorde consenso non vi è contratto.

4° *Gratuità.*

§ 285. Il mutuo è un contratto gratuito *di stretto gius:* il mutuatario deve restituire altrettanto in genere, e qualità: non può essere obbligato a dare *più* di quello che ha ricevuto, sebbene per convenzione possa essere autorizzato a dare *meno*

(fr. 11, § 1, *Dig. h. t.*, XII, 1; fr. 17 *pr.*, *Dig. de pactis*, II, 14); deve restituire un *certum*, e le usure sono un *incertum*, poichè non si sa a quanto ammonteranno il giorno della restituzione delle cose mutuate. Di qui deriva, che a rigore le parti non possono aggiungere al contratto la convenzione, che il mutuatario pagherà delle usure. Se questa convenzione fosse fatta separatamente, e rivestita della forma civile della *stipulatio*, avrebbe efficacia. Ciò è vero nel mutuo di danaro. Nel mutuo di altre cose fungibili, fu in seguito ammesso che le usure potessero essere promesse per semplice *patto adjetto* (*cost.* 12, *Cod. de usuris*, IV, 32; Savigny, *Sistema di Diritto Romano*, vol. VI, § 268).[1]

§ 286. Sono da vedersi adesso gli *effetti* del mutuo:

1° Per la tradizione, passa il *periculum* ed il *commodum* della medesima nel mutuatario. Laonde se la cosa mutuata perisce dopo la tradizione, perisce pel mutuatario. E bene a ragione, imperocchè il mutuatario non è già debitore di *specie*, bensì di *genere*: e come debitore di genere, potendo surrogare alla cosa perita altra del genere stesso, non è mai nella impossibilità di eseguire la sua obbligazione (*Instit.*, § 2, *quib. mod.*, *re contrah. oblig.*, III, 14; fr. 1, § 4, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7).[2]

2° Il mutuatario contrae l'obbligo di restituire nel tempo fissato, (o se tempo non fu fissato, ad ogni richiesta del mutuante) *altrettanto in genere e qualità*, di quanto ebbe (fr. 2 e 3, *Dig. h. t.*, XII, 1). È questa restituzione *in genere*, che distingue il mutuo dal commodato, e da altri contratti reali, nei quali si deve *restituire* la stessa *specie* ricevuta. Se obietto del mutuo fu una somma di danaro, il mutuante può essere rimborsato (meno convenzione esplicita in contrario) con specie metalliche differenti da quelle ricevute. Non è così nel caso che il mutuante risentisse danno dal ricevere moneta diversa da quella data (*ex ea re damnum aliquod passurus sit*, fr. 99, *Dig. de solut.*, XLVI, 3). Allora egli potrebbe esigere di essere pagato in modo, da non soffrire danno alcuno. Se fra il momento in cui il danaro fu dato a mutuo, ed il momento in cui deve essere restituito altrettanto, le specie metalliche che furono date, subirono un mutamento di valore, si deve restituire

[1] Il Codice nostro riconosce *un mutuo gratuito* (art. 1819) ed un *mutuo ad interesse* (art. 1829), e quest'ultimo esiste mediante la stipulazione degli interessi nel mutuo di danaro, di derrate o di altre cose mobili (art. 1829).
[2] Concorda l'articolo 1820.

tanto della moneta d'oggi, quanto conguagli il valore che aveva il giorno del contratto quella ricevuta, (*argom.*, fr. 3, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1; fr. 69, *Dig. de contrah. empt.*, XVIII, 1, *cost.* 2, *Cod. de veteris numismatis potestate*, XI, 10), ammenochè non fosse stato espressamente stabilito, doversi restituire l'identica specie di moneta ricevuta (fr. 5 e fr. 22, *Dig. de rebus creditis*, XII, 1).[1]

3° Dal mutuo, come contratto unilaterale, nasce una sola azione, la quale spetta al mutuante contro il mutuatario, per ottenere la restituzione di ciò che gli diede, azione detta *condictio certi ex mutuo* (*Instit. pr., quib. mod. re contrah. obl.*, III, 14; fr. 9, *Dig de reb. cred.*, XII, 1), ed anche *actio mutui* (*cost.* 5, *Cod. quib. non objic. longi temp. præscript.*, VII, 35). Nelle nostre Fonti non troviamo fatto menzione di una *actio mutui contraria*; ciò è naturale: per l'indole di questo contratto, che come *stricti juris* è unilaterale, non può competere al mutuatario nessuna azione contro il mutuante. Ma se quest'ultimo avesse agito in mala fede, col dare esempigrazia monete false o grano avvelenato, il mutuatario si sarebbe valso, a seconda delle circostanze dell'*actio legis Aquiliæ*, o dell'*actio de dolo*.

§ 287. Merita menzione il mutuo di danaro, concluso con un figlio di famiglia.[2] Altre volte abbiamo accennato, come il Sena-

[1] Concordano in sostanza gli articoli 1821, e 1822, così concepiti: l'obbligazione resultante da un prestito in danari è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto. Accadendo aumento o diminuzione nelle monete prima che scada il termine del pagamento, il debitore deve restituire la somma numerica prestata, e non è obbligato a restituire questa somma che nella specie in corso al tempo del pagamento (art. 1821).

La regola contenuta nel precedente articolo non ha luogo quando siansi somministrate monete d'oro o d'argento, e ne sia stata pattuita la restituzione nella medesima *specie*, e quantità. Se viene alterato il valore intrinseco delle monete e queste non si possono ritrovare, o sono messe fuori di corso, si rende l'equivalente al valore intrinseco che le monete avevano nel tempo in cui furono mutuate (art. 1822).

Se furono prestate verghe metalliche o derrate, il debitore non deve restituire che la stessa qualità e quantità, qualunque sia l'aumento o la diminuzione del prezzo (art. 1823).

[2] Nessuna disposizione speciale occorre nel Codice nostro relativamente al mutuo concluso con un figlio di famiglia. Sarebbero dunque applicabili al medesimo le regole relative all'obbligazioni dei minori *non emancipati* (Vedi la nostra nota al § 570 di questo volume secondo, e gli art. 1303, n° 1, 1305, 1307 del Codice).

Del resto dal mutuo derivano pel Codice nostro effetti simili a quelli che ne nascevano per diritto Romano. Se non che il Codice stesso ammette *un'azione contraria* anche nel mutuo, con la quale se le cose mutuate hanno difetti tali da recar danno a colui che le ha ricevute, il mutuante è obbligato

tusconsulto Macedoniano (dei tempi dell' imperatore Claudio, e rinnuovato in quelli di Vespasiano (vedi EINECCIO, *Antiq. Rom.*, IV, 7), stabilì che col dare danaro a mutuo ad un figlio di famiglia, non si facesse nascere a carico di quest'ultimo obbligazione *civile;* perocchè se il mutuante ne richiedesse la restituzione, egli potesse essere respinto con l'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani* (fr. 1 *pr., Dig. de S. C. Macedoniano,* XIV, 6). Il Senatusconsulto Macedoniano (le cui parole sono riferite nel fr. 1 *pr., Dig. h. t.*, XIV, 6) mentre non riconosce esistere obbligazione *civile* nel figlio di famiglia pel danaro mutuatogli, riconosce esistere in lui una obbligazione *naturale.* (fr. 10, *Dig. h. t.*). Tale obbligazione, appunto come *naturale,* può essere opposta, in compensazione dal creditore (fr. 6, *Dig. de compensat.,* XVI, 2), può esssere obietto di mallevadorìa, quando questa sia stata prestata con lo scopo di salvare dalle conseguenze dell' *exceptio S. C. Macedoniani* il mutuante (fr. 7, § 1, *Dig. de except.,* XLIV 1; fr. 9, § 3, *Dig. h. t.,* XIV, 1), e dà diritto al creditore alla *soluti retentio,* se il figlio di famiglia, o il padre suo pagarono (fr. 9, § 4, 5; fr. 10, *Dig. h. t.*, XIV, 6; fr. 40 *pr., Dig. de condit. indeb.,* XII, 6). L' eccezione del Senatusconsulto Macedoniano, può essere opposta dal figlio di famiglia, non solamente finchè è sottoposto alla patria potestà, ma ancorquando è divenuto *sui juris;* e può essere opposta, oltre che dal figlio, eziandio dal padre, e dagli eredi dell' uno e dell' altro (*Instit.*, § 7, *quod cum eo*, IV, 7; fr. 9, § 3, *Dig. h. t.,* XIV, 6; fr. 7, § 10, *Dig. eod.*). Può essere opposta in qualunque stadio del giu-

al risarcimento del danno, qualora conoscendo i difetti delle cose mutuate non ne abbia avvertito il mutuatario (art. 1824 e 1818).

Il mutuante non può prima del termine domandare le cose mutuate (art. 1825). Non essendo fissato il termine della restituzione, l'autorità giudiziaria può concedere al mutuatario una dilazione, secondo le circostanze (art. 1826). Ove siasi convenuto soltanto che il mutuatario paghi *quando potrà*, o *quando ne avrà i mezzi,* l'autorità giudiziaria gli prescriverà un termine al pagamento, secondo le circostanze (art. 1827). — Così si decideva in pratica nei luoghi ove il diritto Romano era in vigore, argomentando dal disposto del fr. 17, § 3, *Dig. commodati.*

Il mutuatario è obbligato a restituire le cose ricevute a mutuo nella stessa quantità e qualità e al tempo convenuto, e in mancanza, è obbligato a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui doveva, secondo la convenzione, fare la restituzione delle cose. Se non è stato determinato nè il tempo nè il luogo, il pagamento si deve fare dal mutuatario secondo il valore corrente nel tempo in cui egli fu costituito in mora, e nel luogo in cui fu fatto il prestito (art. 1828). Per diritto Romano, se non fosse stato stabilito nè il tempo nè il luogo, il pagamento si doveva fare secondo la stima che la cosa aveva nel tempo e nel luogo della contestazione della lite (fr. 22, *Dig. de reb. credit.*, fr. ult., *Dig. de cond. trit.*).

dizio, e perfino dopo la sentenza (fr. 11, *h. t.,* XIV, 6), per impedirne la esecuzione.

§ 288. Nei casi, che andiamo ad enumerare, nè il padre nè il figlio possono valersi dell'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani:*

1° Quando il padre avesse consentito al mutuo contratto dal figlio o lo avesse ratificato (fr. 7, § 15; fr. 9, § 3, *Dig. h. t.,* XIV, 6, *cost.* 2 e 7 *pr., Cod. ad S. C. Maced.,* IV, 28). Si riterrebbe il padre aver consentito, qualora venuto in cognizione dell'intendimento del figlio di contrarre il mutuo, non vi si fosse opposto, (fr. 12, 16, *Dig. h. t.,* XIV, 6), e specialmente poi, se il padre avesse costituito suo figlio capitano o padrone di un suo bastimento (*magister navis*), o lo avesse preposto ad una sua taberna (*institor*), perchè vi esercitasse il commercio (fr. 7; fr. 10; fr. 12, 16, *Dig. de instit. act.,* XIV, 3; *cost.,* IV, 25, 4, 5, *Cod. eod.*).

2° Quando il danaro preso a mutuo dal figlio, fosse stato da lui impiegato a vantaggio del padre (*in rem patris versum*); ma allora il debito contratto varrebbe civilmente fino alla misura del vantaggio risentito dal padre (fr. 7, § 12; fr. 13, fr. 17; *Dig. h. t., cost.* 2, *Cod. eod., Nov.* 115, cap. 3, § 13).

3° Quando il danaro preso a mutuo dal figlio, fosse stato da lui impiegato a dimettere un debito validamente contratto, ed efficace civilmente (fr. 7, § 14, *Dig. h. t.*).

4° Quando chi diede danaro a mutuo al figlio di famiglia, avesse avuto giusti motivi per crederlo persona *sui juris* (fr. 3 *pr.;* fr. 19, *h. t., cost.* 2, *Cod eod.*).

5° Quando il figlio di famiglia fosse stato militare nel momento in cui contrasse il mutuo (*cost.* 7, § 1, *Cod. h. t.,* IV, 28).

6° Quando il mutuo è nullo di per sè, od il mutuante è un minore, e per causa di minorità chiede la *in integrum restitutio* (fr. 11, § 7, *Dig. de minor.,* IV, 4; fr. 3, § 2, *Dig. h. t.*).

§ 289. Casi poi, nei quali il *solo* figlio di famiglia *non può opporre l'exceptio Senatusconsulti Macedoniani,* sono i seguenti:

1° Se il figlio di famiglia nel contrattare si è spacciato per persona *sui juris,* ed il mutuante aveva giusti motivi per crederlo tale (*cost.* 1, *Cod. h. t.,* IV, 28).

2° Se il figlio di famiglia divenuto *sui juris* ha ratificato il mutuo o espressamente o tacitamente (*cost.* 2, *Cod. h. t.,* IV, 28); e lo ratificherebbe cominciando a pagarne una parte, o dando garanzie al mutuante: p. e., un pegno (fr. 7, § 16; fr. 9 *pr. Dig. h. t.,*

XIV, 6). Ma quando ha costituito un pegno, si intende abbia ratificato il mutuo, fino alla misura del valore della cosa impegnata (cit. fr. 9, *h. t.*).

3° Se il figlio di famiglia ha un peculio castrense, quasi castrense, o avventizio straordinario: allora egli non può profittare del benefizio del Senatusconsulto Macedoniano fino a concorrenza dell'ammontare del peculio (fr. 1 *in fin.*; fr. 2, *Dig. h. t.*, *cost.* 8 *pr.*, *Cod. de bonis quæ lib.*, VI, 61; *Nov.* 117, cap. 1, § 1).

§ 290. Il Senatusconsulto Macedoniano contempla il mutuo, soltanto di una somma di danaro, concluso con un figlio di famiglia. In seguito fu applicato ancora alle figlie, ed ai nipoti, e pronipoti, senza distinzione di sesso (*Instit.*, § 7, *quod cum eo*, IV, 7; fr. 9, § 2; fr. 14, *Dig. h. t.*, XIV, 6; *cost.* 6, § 1, *Cod. h. t.*, IV, 28), ma non fu mai esteso al mutuo di cose differenti dal danaro, nè ad altri contratti aventi per obietto danaro, diversi dal mutuo (fr. 3; § 2, *in f.*, *e* § 3; fr. 7, § 3, *Dig. h. t.*, XIV, 6, *cost.* 3, *Cod. h. t.*, IV, 28); ciò nonostante se un mutuo fosse stato mascherato sotto le apparenze di un altro contratto; p. e., se fosse stata data al figlio di famiglia qualche cosa perchè la vendesse, e ne ritenesse a mutuo il prezzo retrattone (il che chiamano *contractus mohatræ*), il Senatusconsulto Macedoniano sarebbe applicabile (fr. 3, § 3, fr. 7, § 3, *Dig. h. t.*, XIV, 6).[1]

[1] Abbiamo detto nelle note antecedenti che il Codice nostro permette la stipulazione degli interessi nel mutuo di danaro, di derrate o di altre cose mobili (art. 1829). Ora aggiungiamo, che per l'articolo 1830 del Codice stesso il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti, o eccedenti la misura convenuta, *non può ripeterli nè imputarli al capitale*. Disposizione questa, conforme al diritto Romano, se queste usure indebite fossero pagate *scientemente*, ma contraria al diritto Romano, se quelle usure fossero state pagate *per errore* (vedi fr. 26, *Dig. de condit. indeb.*, fr. 102, *Dig. de solut.*, *cost.* 18, *Cod. de usuris*). Tale distinzione romana il Codice non l'ammette, e non è in questo lodevole.

Del resto pel Codice nostro gli interessi convenzionali sono stabiliti in quella misura che piace ai contraenti (art. 1831). Con molta equità il Codice autorizza il debitore, *dopo cinque anni* dal contratto, a restituire le somme portanti un interesse maggiore della misura legale, nonostante qualsiasi patto in contrario, purchè però ne dia *sei mesi prima* per iscritto l'avviso, il quale produce di diritto la rinunzia alla più lunga mora convenuta (art. 1832).

Queste savie disposizioni (dell'art. 1832) non sono applicabili ai contratti di rendite vitalizie, nè a quelli che stabiliscono la restituzione per via di annualità che comprendono gli interessi ed una quota destinata alla restituzione progressiva del capitale. Non sono neppure applicabili a qualunque specie di debito contratto dallo Stato, dai Comuni, o da altri corpi morali colle autorizzazioni richieste dalle leggi (art. 1833).

La quietanza pel capitale, rilasciata senza riserva degli interessi, fa presumere il pagamento loro, e ne produce la liberazione, salva la prova in contrario (art. 1834).

§ 291. Abbiamo detto, che nel contratto di mutuo, il *commodum* ed il *periculum* delle cose mutuate, stanno respettivamente a vantaggio ed a carico del mutuatario: questa regola non procede per la

Pecunia trajectitia.

Con questo nome si designava dai Romani un mutuo di denari destinati a passare il mare, o in natura, od in merci comprate coi medesimi (fr. 1 e 3, *Dig. de nautico fœnore,* XXII, 2, fr. 122 § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Il sovventore del danaro si assumeva il rischio (*periculum*) del danaro prestato, o delle cose comprate con quello, per tutto il tempo che passava fra il giorno della partenza, e il giorno dell' arrivo al luogo destinato. Se il danaro o le merci giungevano, il mutuante era obbligato a dare al mutuatario una somma uguale a quella mutuatagli: se perivano, (ben inteso per caso fortuito) non aveva quell' obbligo (fr. 3; fr. 6 *pr., Dig. de naut. fœn.*, XXII, 2; *cost.* 1, *e* 4, *Cod. eodem,* IV, 33). In correspettività dei rischi, che il mutuante correva, aveva diritto di esigere usure più elevate delle ordinarie, dette *fœnus nauticum* o *usuræ maritimæ,* le quali in antico non avevano limite (PAOLO II, 14, 3; fr. 4, § 1; fr. 5, *Dig. h. t.*, XXII, 2; *cost.* 2, *Cod. eod.*, IV, 33), ma da Giustiniano, come già fu detto per incidenza altrove, furono fissate al 12 °/₀ (*cost.* 26, § 1, *Cod. de usuris,* IV, 32, *Nov.* 110). Usure che potevansi convenire per semplice patto, senza bisogno di stipulazione, necessaria, come dicemmo, nel mutuo ordinario fr. 5, § 1; fr. 7, *Dig. h. t.,* XXII, 2).[1]

[1] Il Codice nostro permette la costituzione di una rendita, ossia annua prestazione in danaro o in derrate, mediante la cessione di un immobile o il pagamento di un capitale, che il cedente si obbliga a non più ripetere (art. 1778).

Tal rendita si può stipulare *perpetua,* o *vitalizia.*

Prima parleremo della *perpetua.*

La rendita per prezzo di alienazione, o come condizione di cessione di immobili, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, si chiama *rendita fondiaria* (art. 1780). Tale cessione se è fatta a titolo oneroso, è soggetta alle regole stabilite pel contratto di vendita: se è fatta a titolo gratuito è soggetta alle regole stabilite per le donazioni. Ma quella cessione d' immobili trasferisce nel cessionario il *pieno dominio,* nonostante qualsivoglia clausula in contrario (art. 1781). Tale rendita ha qualche analogia col *censo* che chiamano *riservativo,* cioè quello mediante il quale una persona trasferisce in altro con pieno diritto di proprietà un immobile, *riservandosi* sopra esso soltanto il diritto di percipere un' annua pensione (Vedi *Rota Romana,* MOLIN., Decis. 573, n° 8 tomo III).

La rendita costituita mediante un capitale si chiama *rendita semplice* o

B) Del Commodato (*Commodatum*).

(*Instit.,* lib. III, tit. 14, § 2, *quibus modis re contrahitur obbligatio; Dig.* lib. XIII, tit. 6, *Commodati vel contra. Cod.,* lib. IV, tit. 23, *de commodato.*)

§ 292. Il commodato è *un contratto reale nominato, pel quale una persona, che dicesi commodante, impresta ad un' altra,*

censo, e deve essere assicurata con ipoteca speciale sopra un fondo determinato; altrimenti il capitale è ripetibile (art. 1782). Questa costituzione di rendita ha analogia col censo *consegnativo* regolato dalla celebre bolla del pontefice Pio V, emanata l'anno 1565 (Vedi Cencio, *De Censibus*).

La rendita costituita in una delle due maniere ora indicate *è sempre ed essenzialmente redimibile* a volontà del debitore, *nonostante qualunque patto contrario.* Può tuttavia stipularsi che il riscatto non si eseguisca durante la vita del cedente, o prima di un certo termine, il quale nelle rendite *fondiarie* non può eccedere i *trent' anni*, e nelle *altre i dieci.*

Può anche stipularsi che il debitore non effettuerà il riscatto, senza che n' abbia avvisato il creditore, e sia trascorso da quest' avviso il termine convenuto, il quale non può eccedere un anno.

Qualora siensi convenuti maggiori termini, i medesimi debbono essere ridotti respettivamente a quelli sopra stabiliti (art. 1783).

Il riscatto della *rendita fondiaria* si opera mediante il pagamento di un capitale in danaro, corrispondente all' annua rendita sulla base dell' interesse legale, od al valore della stessa rendita, se è in derrate, sulla base del prezzo medio di queste negli ultimi dieci anni; semprechè non sia stato fissato nel-l'atto un capitale minore; perocchè in tal caso il debitore è liberato col pagamento del capitale fissato (art. 1784 in f.).

Il riscatto della *rendita semplice* si opera medianta il rimborso del capitale in danaro, pagato per la costituzione della medesima (art. 1784 in pr.).

Il debitore di un'annua rendita, oltre i casi espressi nel contratto, può essere costretto al riscatto della medesima:

1° Se dopo una legittima interpellazione non ha pagato la rendita pel corso di *due anni* consecutivi;

2° Se tralascia di dare al creditore le cautele promesse nel contratto;

3° Se, venendo a mancare le cautele date, non ne sostituisce altre di uguale sicurezza;

4° Se per effetto di alienazione o divisione, il fondo su cui è costituita od assicurata la rendita, viene diviso *fra più di tre possessori* (art. 1785).

5° In caso di fallimento o non solvenza del debitore (art. 1786). Nondimeno trattandosi di *rendita fondiaria*, ove il debitore, prima del fallimento o della non solvenza, avesse alienato il fondo obbligato per servizio della rendita, il creditore non ha diritto di chiedere il riscatto, se il possessore del fondo si offre pronto al pagamento della medesima, e presenta per essa sufficienti cautele (art. 1786, capoverso).

La condizione risolutiva per inadempimento di pesi, espressa o tacita, non può pregiudicare ai diritti acquistati dai terzi sugli immobili prima della trascrizione della domanda di risoluzione (art. 1787).

Le disposizioni contenute negli articoli 1783, 1784, 1785, e 1786 sulla redimibilità della rendita, sul modo di riscattarla, e sui casi nei quali il debitore può essere costretto a riscattarla, sono applicabili ad ogni altra annua prestazione costituita a qualunque titolo anche per atto di ultima volontà, ad

che dicesi commodatario, gratuitamente, una cosa che non si consuma con l'uso pel quale è imprestata, acciò quest' ultima se ne serva per l'uso, e durante il tempo stabilito, e poi la restituisca nella medesima specie a chi gliela imprestò[1] (*Instit.*, § 2, *quib. mod. re contrah. oblig.*, III, 14; fr. 26, *Dig. de præscr. verbis*, XIX, 5). I requisiti del commodato emergono dalla definizione del medesimo; sono cioè:

1° La *tradizione* della cosa.

2° Che la cosa commodata, sia *tale che non si consumi con l'uso, pel quale è imprestata.*

eccezione di quella avente per causa una concessione d'acqua demaniale, e salve le speciali disposizioni risguardanti l'enfiteusi (art. 1788).

Abbiamo detto che la rendita può stipularsi *vitalizia.*

La rendita vitalizia può essere costituita a titolo oneroso, mediante una somma di danaro di altra cosa mobile, o mediante un immobile (art. 1789).

Può essere costituita a titolo *semplicemente gratuito*, per donazione o per testamento. Deve allora essere rivestita dalle forme stabilite dalla legge per tali atti (art. 1790). Ma la rendita vitalizia costituita per donazione o per testamento è soggetta a *riduzione*, se eccede la quota di cui è permesso di disporre; ed è nulla se è fatta a favore di persona incapace di ricevere (art. 1791).

Ogni contratto di rendita vitalizia costituita sopra la vita di una persona, che al tempo del contratto era già defunta, non produce effetto (art. 1795).

Ma può costituirsi:

1° Sopra la vita di una o più persone (art. 1793).

2° Può costituirsi a vantaggio di un terzo, benchè un altro ne abbia somministrato il prezzo. E sebbene sia questa una liberalità, non richiede le formalità stabilite per le donazioni; ma va soggetta a riduzione, ed è nulla se è fatta a favore di persona incapace di ricevere (art. 1794.)

3° Può costituirsi tanto sulla vita di colui che somministra il prezzo, quanto su quella di un terzo che non ha diritto alla rendita (art. 1792).

Nel solo caso in cui la rendita vitalizia sia costituita a *titolo gratuito*, si può convenire che la medesima *non sia soggetto a sequestro* (art. 1800).

La rendita vitalizia è dovuta al proprietario in proporzione del numero dei giorni che ha vissuto. Se però fu convenuto di pagare per rate anticipate, ciascuna rata si acquista dal giorno in cui è scaduto il pagamento (art. 1799).

Quegli a vantaggio del quale fu costituita una rendita vitalizia mediante un prezzo, può chiedere lo scioglimento del contratto, se il costituente non gli somministra le cautele stipulate per l'esecuzione (art. 1796).

Ma non può chiedere di essere rimborsato del capitale, o di rientrare nel possesso del fondo alienato, per la sola mancanza del pagamento delle pensioni maturate. Per tale motivo, egli ha soltanto il diritto di far sequestrare e di far vendere i beni del suo debitore, e di domandare che venga ordinato, quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per soddisfare alle pensioni (art. 1797).

Il costituente non può liberarsi dal pagamento della rendita coll'offrire il rimborso del capitale, e col rinunziare alla ripetizione delle annualità pagate; egli è tenuto a pagare la rendita durante tutta la vita della persona o delle persone sopra la vita delle quali fu costituita, qualunque sia la durata della vita di tali persone, e per quanto gravosa abbia potuto divenire la prestazione (art. 1798). Infatti questo contratto è essenzialmente *aleatorio* (art. 1102).

La rendita vitalizia non si estingue con la perdita dei diritti civili del proprietario; ma deve essere pagata durante tutta la vita del medesimo alle persone indicate dalla legge (art. 1801).

[1] Concorda l'art. 1805.

3° Che le parti abbiano intenzione di concludere un *commodato.*

4° Che il contratto sia *gratuito.*

1° *Tradizione della cosa.*

Come contratto reale, eziandio il commodato ha per prima condizione, la consegna della cosa; la semplice promessa di imprestare gratuitamente una cosa, non fa esistere commodato; se quella promessa fosse stata rivestita della forma della *stipulatio*, nel diritto Romano avrebbe potuto dare luogo ad un' azione per ottenere una indennità, nel caso di inadempimento della medesima; ed oggi che la pratica non esige più la forma della *stipulatio* per dare efficacia civile ad una obbligazione, quella promessa darebbe sempre luogo a siffatta azione; ma non per questo esisterebbe un commodato. La tradizione della cosa commodata, non ne trasferisce il dominio nel commodatario, e neppure il possesso giuridico, bensì la mera detenzione (*Instit.*, § 2, *quib. mod.*, III, 14; fr. 8, 9, *Dig. h. t.*, XIII, 6; fr. 3, § 20, *Dig. de acq. possess.*, XLI, 2).

2° *Inconsumabilità della cosa, con l'uso pel quale è data.*

Tanto le cose mobili, quanto le semoventi, come ancora le immobili, possono in gius Nuovo essere obietto di commodato fr. 1 *pr.*, § 1, *Dig. h. t.*, XIII, 6). Pare che in origine il commodato fosse ammesso soltanto per le cose mobili e semoventi, e che sulle immobili si credesse possibile unicamente un *precarium;* ma in seguito furono riconosciuti tanto un *precario* per le cose *mobili,* quanto un *commodato* per le *immobili;* ed una delle differenze più notevoli che rimase fra questo contratto e quel patto, invece si fu che nel commodato la cosa è data per un tempo ed uno scopo determinato, e prima del decorso di quel tempo, o del conseguimento di quello scopo, non può essere richiesta: mentre nel precario la cosa può essere richiesta ad arbitrio di chi la consegnò (fr. 17, § 3, *Dig. commod.*, XIII, 6; *cost.* 2 e 3, *Cod. eod.*, IV, 23, confront. col fr. 1 *pr.*, fr. 12 *pr.*, *Dig. de præcar.*, XLIII, 26; Paolo, V, 6, 10). Le cose che si consumano con l' uso pel quale sono imprestate, non possono essere

obietto di commodato, perchè se sono consumate, non è possibile restituirle *in specie.* Tuttavolta quelle cose che in astratto sono consumabili, ma che non si consumano per l'uso speciale pel quale furono imprestate, possono essere commodate; come a mo' d'esempio, se del danaro, delle frutta, o simili, fossero date *ad pompam*, *ad ostentationem,* (fr. 3, § 6; fr. 4, *Dig. h. t.*, XXIII, 6), perchè cioè, il commodatario facesse mostra di quel primo, ma senza spenderlo, e ponesse in tavola in un sontuoso apparecchio queste seconde, ma senza gustarle o farle gustare ai convitati.

3° *Intenzione delle parti di concludere un Commodato.*

Quest'intenzione nella quale debbono concordare le parti, è essenziale, insieme all'indole della cosa, per distinguere il commodato da altri contratti reali. Perocchè se la cosa fosse consegnata con l'intendimento di trasferirne la proprietà, e fosse cosa fungibile, della quale l'accipiente dovesse restituire altrettanto, avremmo un mutuo, non un commodato; se la cosa fosse mobile e consegnata perchè l'accipiente la custodisse, la conservasse, e la restituisse ad ogni richiesta del trasferente, avremmo deposito e non commodato; ed avremmo un pegno, se la cosa fosse stata consegnata per garanzia del pagamento di un debito. Qualora la cosa fosse stata consegnata qual campione, perchè fosse esaminata, o fosse stata data *a prova*, non vi sarebbe concessione del comodo dell'uso, *commodatum,* (ossia *commodum datum*) e perciò non esisterebbe il contratto reale nominato in esame (fr. 13, § 1, *Dig. h. t.,* XIII, 6). L'uso speciale pel quale la cosa è imprestata, deve essere stabilito nel contratto, altrimenti si ha per esteso a tutta quell'utilità che la cosa stessa produce, senza sua alterazione, ed a produrre la quale è ordinariamente adoperata (fr. 12 *pr.*, *Dig. de precario,* XLIII, 26; fr. 5, § 7, 8; fr. 10 *pr.,* fr. 17, § 3, *Dig. h. t.,* XIII, 6).

4° *Gratuità del Contratto.* [1]

Se il commodatario si obbligasse a dare al commodante un correspettivo, il contratto muterebbe natura, e degenererebbe,

[1] Concorda l'art. 1806.

p. e., in una locazione e conduzione (*Instit.*, § 2 *in f.*, *quib. mod.*, III, 14; fr. 5, § 12, *Dig. h. t.*, XIII, 6; fr. 17, § 3, *Dig. de præscr. verb.*, XIX, 5). Ma una ricompensa data dal commodatario *ultroneamente, dopo* aver goduto dell'imprestito, non altererebbe l'indole del rapporto obbligatorio (*argom.*, fr. 6 *pr.*, *Dig. mandati*, XVII, 1).

§ 293. Il commodato è un contratto *sinallagmatico imperfetto*, attalchè dal medesimo nasce, *direttamente* una sola azione, l'*actio commodati directa*, con la quale il commodante, si fa restituire la cosa commodata; ma *eventualmente* il commodatario può sperimentare un'*actio commodati contraria*, della quale vedremo fra un istante l'intendimento (fr. 17, § 3, e fr. 18, § 4, *Dig. h. t*, XIII, 6). Il commodato era nella categoria dei contratti di buona fede. Siccome il commodante non trasferisce al commodatario nè dominio, nè possesso giuridico, così commodante può essere l'usufruttuario, il conduttore, ed in generale chi ha la fisica disponibilità della cosa, e non ha uno speciale obbligo di servirsene personalmente, come l'ha l'*usuario*, l'*habitator* (fr. 17 *pr.*, *Dig. de præscript. verb.*, XIX, 5). Perfino chi riceve in imprestito dal ladro la cosa furtiva, resta vincolato verso costui per ragione di commodato (fr. 15, 16, *Dig. h. t.*, XIII, 6); ma presentandosi a chiederne la restituzione, insieme ed il vero proprietario ed il ladro, dovrebbe il commodatario restituirla a quel primo (argom. dal fr. 31, *Dig. depositi*, XVI, 3), quando esso dimostrasse in modo incontestabile la sua qualità.

§ 294. Il commodato ha per effetto di far sorgere diritti ed obblighi, tanto nel commodatario, quanto nel commodante.

a) Il commodatario ha *diritto:*

1° Di servirsi della cosa per l'uso stabilito. Questo diritto di uso non è un diritto patrimoniale reale, come la servitù personale dell'uso: è un diritto che emerge da un rapporto obbligatorio; non dura quanto la vita della persona cui è conceduto, sibbene tutto il tempo stabilito, e può passare anche agli eredi.[1] Tale uso può essere di natura molto varia, esempigrazia sarebbe commodato perfino la consegna di una cosa fatta a taluno, con lo scopo che se ne servisse per darla in pegno al proprio creditore, e la restituisse libera da qualunque vincolo il giorno stabilito (fr. 5, § 12, *Dig. h. t*, XIII, 6). L'importante si è che quell'uso sia le-

[1] Concorda l'art. 1807.

cito, non criminoso, non immorale, altrimenti non darebbe vita a vincolo obbligatorio. Se il commodatario si servisse della cosa commodata, per uso diverso da quello stabilito, si farebbe responsabile perfino del caso fortuito, e potrebbe eziandio (per diritto Romano) se esistessero in lui mala fede, ed *animus furandi*, rispondere di *furtum usus*, e così essere passibile dell'*actio furti* e della *condictio furtiva*, azioni che concorrerebbero allora con l'*actio commodati directa* (fr. 5, § 7, 8; fr. 10 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIII, 6; GAJO, III, 196; fr. 40; fr. 54, § 1, fr. 76 *pr.*, *Dig. de furtis*, XLVII, 2, *Instit.*, § 6, e 7, *de oblig. quæ ex delict.*, IV, 1).

2° Il commodatario ha diritto di godere liberamente della cosa, vale a dire senza ostacoli, senza aggravio o dispendio; il commodante a vero dire, non si obbliga verso il commodatario, come il locatore verso il conduttore *præstare uti frui licere;* si obbliga soltanto *neque a se, neque ab heredibus suis fieri, quominus utatur commodatarius:* si obbliga dunque a *non fare* e ad *impedire* che i suoi *dipendenti facciano opposizione al godimento del commodatario* (fr. 17, § 3, *Dig. h. t.*, fr. 38, *Dig. mandati*, XVII, 1). Non è aggravio ciò che è condizione naturale del godimento, laonde il commodatario è tenuto, p. e., ad alimentare il cavallo imprestatogli; (fr. 18, § 2, *Dig. h. t.*, XIII, 6). Le spese necessarie per impedire la deperizione della cosa sono da lui anticipate, ma ha diritto di ottenerne il rimborso, con l'*actio commodati contraria* (fr. 18, § 2, *Dig h. t.*, XIII, 6; fr. 15, § 2; fr. 59, *Dig. de furtis*, XLVII, 2).[1] Il commodatario ha poi *obbligo:*

1° Di restituire la cosa in *specie*, con tutti i frutti ed accessioni, *cum omni causa*, (fr. 2; fr. 3, § 1; fr. 5, § 9, *Dig. h. t.*, XIII, 6; fr. 38, § 10, *Dig. de usuris*, XXII, 1); deve restituirla nel giorno fissato; ma non può essere obbligato a restituirla prima, (fr. 5 pr., fr. 17, § 3, *Dig. h. t.*, XIII, 6, *cost.* 3, *Cod. eod.*).

2° Deve restituire la cosa nello stato e condizione in cui l'ebbe, senza deterioramento. È responsabile dei danni derivati alla medesima da qualunque sua *colpa.*[2] Siccome di *ordinario*, egli solo risente vantaggio dal contratto, risponde eziandio della *culpa levis*, ed è obbligato alla *custodia* (*Instit.*, § 2, *quib. mod. re contrah.*, III, 14; fr. 5, § 2, 5, 6, 9, 13 *in f.*, fr. 10; fr. 18 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIII, 6; fr. 1, § 4, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7.

[1] Concordano gli articoli 1813, 1817.
[2] Concorda l'art. 1808.

Gajo, III, 206). Non è responsabile del caso fortuito, quando non sia un *casus culpa o dolo determinatus* (*Instit., l. cit.*, fr. 5, § 4, 7, 13, 14; fr. 10; fr. 18 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIII, 6); nulladimeno a lui incombe provare che la cosa perì per caso fortuito, e se nell'incendio, nel naufragio, nella ruina od in altra consimile calamità, mentre poteva salvare la cosa commodatagli, prescelse salvare la propria, lasciando perire quella prima, è tenuto a indennizzare il commodante (fr. 5, § 4, *Dig. h. t.*, XIII, 6).[1]

β) Il commodante gode dei diritti corrispondenti agli obblighi del commodatario ora descritti; ma ha l'obbligo:

1° Di lasciare godere il commodatario della cosa commodata pel tempo e nel modo stabilito[2] (fr. 17, § 3, *Dig. h. t.*). D'ordinario il commodante non ritraendo nessun vantaggio dal contratto, risponde soltanto della colpa lata e del dolo (fr. 5, § 2; fr. 10, § 1, *Dig. h. t.*, XIII, 6). Laonde se conosce alcun vizio della cosa commodata, onde potesse riuscire pregiudicevole al commodatario,[3] o se ha notizia dei diritti altrui sulla medesima, pei quali il commodatario abbia a vedersela togliere, avanti il tempo nel quale ha da avere termine l'uso, è tenuto ad avvertire il commodatario stesso di tutto ciò, altrimenti a risarcirlo dei danni, che costui ebbe a risentirne (fr. 17, § 3; fr. 18, § 3; fr. 22, *Dig. h. t.*, XIII, 6). Ma se per avventura il commodato tornasse vantaggioso ad ambedue le parti contraenti, verbigrazia se fosse prestata da taluno ad un amico dell'argenteria, per servire ad un ospite, amico comune, i contraenti risponderebbero ambedue della colpa leve (fr. 18 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIII, 6); e se, per caso anche più raro, il commodato ridondasse ad utilità del solo commodante, come se taluno avesse imprestato alla propria fidanzata delle gemme, affinchè più adorna gli fosse condotta il dì delle nozze alla casa maritale: *quo honestius culta ad se deduceretur* (fr. 5, § 10, *Dig. h. t.*, XIII, 6), il commodatario risponderebbe della sola colpa lata, ed il commodante ancora della leve.

2° Il commodante è obbligato a rimborsare il commodatario delle spese, che questi ha dovuto fare sulla cosa commodatagli, p. e., delle spese per curare l'animale imprestatogli, che si è naturalmente ammalato (Paolo, II, 4; fr. 18, § 2, *Dig. h. t.*, XIII, 6).

[1] Concordano gli articoli, 1809, 1810.
[2] Concorda l'art. 1815.
[3] Concorda l'art. 1818.

Ed il commodatario, per ottenere il rimborso di queste spese necessarie, e che non sono condizione del godimento, ha un *jus retentionis* sulla cosa commodata, oltre all'actio *commodati contraria* (fr. 18, § 4, *Dig. h. t.*, fr. 15, § 2; fr. 59, *Dig. de furtis*, XLVII, 2), con la quale ottiene generalmente l'adempimento degli obblighi eventuali del commodante.

3° Ove il commodante si fosse fatto pagare dal commodatario il valore della cosa commodatagli, che quest'ultimo avesse smarrita, o perduta: ritrovatala che l'abbia il commodante, può il commodatario con l'*actio commodati contraria*, obbligarlo a rendergli, o la cosa, o il valore della medesima già pagato (fr. 17, § 5, *Dig. h. t.*, XIII, 6; fr. 63, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 2, *Dig. de condict. sine causa*, XII, 7):[1]

c) Del Deposito (*Depositum*).

(*Instit.*, lib. III, tit. 14, § 3, *quibus modis re contrahitur obligatio; Dig.* lib. XVI, tit. 3, *depositi vel contra; Cod.*, lib. IV, tit. 34, *depositi vel contra*).

§ 295. Il deposito è *un contratto reale nominato, pel quale taluno, che dicesi deponente, consegna ad un altro, che dicesi depositario, una cosa mobile, perchè quest' ultimo la custodisca gratuitamente, e la restituisca ad ogni sua domanda* (*Instit.*, § 3, *quib.*

[1] Relativamente al commodato il Codice nostro si allontana, e non lodevolmente, dal diritto Romano, nell'art. 1816, nel quale è ordinato che se durante il termine convenuto per la durata del comodato, e prima che sia cessato il bisogno del comodatario, sopravviene al comodante un urgente impreveduto bisogno di valersi della cosa, può l'autorità giudiziaria, secondo le circostanze obbligare il comodatario a restituirla (vedi in contrario il fr. 17, § 3, *Dig. commodati*).

L'articolo 1811 dichiara che se la cosa *fu stimata* al tempo del prestito, la perdita ancorchè avvenuta per caso fortuito, è a carico del comodatario, qualora non vi sia patto in contrario. In sostanza con questo articolo si stabilisce la presunzione che la stima della cosa equivalga pel comodatario all'assunzione a proprio rischio del caso fortuito. Per diritto Romano ove la stima della cosa fosse stata fatta, con la promessa che il comodatario o *restituisse la cosa* o *pagasse la stima*, egli doveva pagare la stima, se la cosa fosse perita per caso fortuito (fr. 5, § 3, *Dig. commod.*; fr. 1 *in-f.*, *Dig. de aestim. act.*), ma la *sola stima* non poneva i fortuiti a suo carico (Pothier, n° 62 e 63). Se poi la cosa si deteriora a cagione unicamente dell'uso per cui fu data a prestito, e senza colpa del comodatario, questi anche pel Codice nostro non è obbligato pel deterioramento.

Il Codice non dice di qual colpa risponda il comodatario, soltanto si limita a dichiarare che è tenuto a vegliare da *buon padre di famiglia* alla conservazione della cosa, ed alla custodia (art. 1808); pare dunque che esiga da lui una diligenza in *astratto*, e *sempre*.

Tace pure il Codice sulla *ritenzione* che il diritto Romano accorda al com-

mod., III, 14; fr. 1 *pr.*, *Dig. h. t.*, XVI, 3).[1] Depositare dicesi nelle Fonti nostre, ancora *commendare* (Paolo, I, 21, 4 e 9; II, 12, 4; fr. 24 e 26 *pr.*, *Dig. h. t.*, XVI, 3; fr. 186, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Le condizioni di questo contratto possono enumerarsi nel modo che appresso:

1° La *tradizione* della cosa.

2° La qualità di *mobile* nella cosa consegnata.

3° L'*intenzione* delle parti di concludere un *deposito*.

4° La *gratuità* del contratto.

1° *Tradizione.*

§ 296. Come contratto reale, eziandio il deposito si conclude mediante la tradizione o la consegna della cosa, che vuolsi depositare,[2] la convenzione con la quale taluno si fosse obbligato a custodire una cosa, prima di riceverla: se rivestita di forma civile, poteva avere efficacia, ed avrebbe oggi pure efficacia, conciossiachè l'inesecuzione della medesima porterebbe nel promittente l'obbligo di risarcire lo stipulante del danno derivato dall'inesecuzione stessa, ma non costituirebbe il contratto reale di deposito. La tradizione trasferisce nel depositario la mera detenzione, non il possesso giuridico, e molto meno la proprietà. ***Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio*** (fr. 17, § 1, *Dig. h. t.*, XVI, 3, *cost.* 8, *Cod. eod.*, IV, 34; fr. 3, § 20, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2).

2° *Una cosa mobile.*

I soli mobili possono essere obietto di deposito,[3] gli immo-

modatario sulla cosa commodatagli, finchè non sia stato rimborsato delle spese refettibili (fr. 15, § 2; fr. 59, *Dig. de furtis*). Ciò è tanto più singolare in quanto che il Codice ammette questo diritto di *ritenzione* in materia di deposito (art. 1863), di pegno (art. 1888), di anticresi (1893, di vendita con patto di riscatto (art. 1528) ed in molte altre materie (art. 450, 470, 706, 1023, 1958 n° 7, 8, 9). Il Codice poi nega la compensazione tanto contro la domanda di restituzione del deposito, quanto del commodato (art. 1289). Il Codice chiama il comodato, ancora *prestito ad uso* (art. 1805); Labeone distingueva fra il *commodatum* e l'*utendum datum*, e secondo questo giureconsulto, il comodato poteva avere per obietto soltanto cose mobili, l'*utendum datum* anche le immobili; opinione per altro che fu rifiutata da Cassio e Viviano (fr. 1, *Dig. commodati*); il Codice col dare al *comodato* anche il nome di *prestito ad uso*. forse ha inteso significare che può avere per obietto tanto delle cose mobili quanto delle immobili.

[1] Concordano, l'art. 1835 l'art. 1837 e 1853.

[2] Concorda l'art. 1837, capoverso 1°.

[3] Concorda l'art. 1837.

bili non già. Ciò si rileva dall'etimologia della voce deposito: *Depositum, ex eo quod ponitur* (fr. 1 *pr., Dig. h. t.*, XVI, 3). Aggiungasi, che non occorre nelle nostre Fonti un passo, ove si accenni al deposito di una cosa immobile, ma invece tutti i testi manifestamente si riferiscono a cose mobili (fr. 1, § 8 e *seg. Dig. h. t.*, XVI, 3); finalmente riflettasi, che lo scopo del deposito è di consegnare una cosa a taluno perchè la custodisca, ed a noi sia dato ritrovarla in mano sua ad ogni occorrenza; or bene, un immobile si ritrova sempre, sebbene non consegnato ad alcuno; senza dire che le cure richieste dalla custodia del medesimo, avanzerebbero di gran lunga quelle cui un depositario è tenuto. Gli immobili, (lo diremo fra breve) possono essere obietto di quella specie particolare di deposito, che dicesi *sequestro;* per essi è possibile un *mandatum de re custodienda*, regolato con altri principii (fr. 1, § 12, 13, *Dig. depos.*, XVI, 3; fr. 5, § 4, *Dig. de præscr. verb.*, XIX, 5). Del rimanente si possono depositare cose fungibili ed infungibili, animate o inanimate (fr. 1, § 9, 10, 35, 36, 40, 41; fr. 7 *pr.*, fr. 33, *Dig. depositi*, XVI, 3, *cost.* 8, *Cod. eod.*, IV, 34), cose proprie, e cose altrui, (ancora se quest'ultime furono *depositate* nelle mani di chi alla sua volta si fa a depositarlo presso *altri)* e perfino cose rubate. Soltanto è impossibile il deposito di cose proprietà del depositario stesso (fr. 31, § 1; fr. 15, *Dig. h. t.*; fr. 45, *Dig. de reg. juris*, L, 17), d'ordinario non potendo egli avere l'intenzione *ragionevole*, di custodire per un altro la cosa sua. Ma se il proprietario mancasse dell'*jus possidendi,* o del diritto di usare o di fruire della cosa sua, potrebbe allora per eccezione essere questa depositata presso di lui, come p. e., se l'usufruttuario, il conduttore, od il creditore pignoratizio gliela consegnassero con lo scopo, che momentaneamente la custodisse nel comune interesse (*arg.*, fr. 31, § 1, *Dig. h. t.*, XVI, 3).

3° *Intenzione di concludere un deposito.*

La consegna ed il ricevimento della cosa, debbono essere eseguiti con l'intendimento che l'accipiente la riceva per custodirla per conto del deponente, e per restituirla ad ogni sua richiesta. È per questa intenzione, che il deposito si distingue dagli altri contratti reali. Se la cosa, infatti, fosse consegnata e ricevuta con l'intenzione soltanto di usarne e gratuitamente, esi-

sterebbe commodato non deposito; esisterebbe pegno, se la cosa fosse consegnata e ricevuta con l'intenzione, nelle parti, che l'accipiente la tenesse come garanzia di un suo credito; esisterebbe mutuo poi, se la cosa fosse consegnata con l'intenzione di trasmetterne la proprietà nell'accipiente, e con l'obbligo in lui di restituire altrettanto del medesimo genere e qualità. La volontà delle parti, primitivamente intesa a concludere un deposito, può:

a) talvolta *mutare* in progresso di tempo;

b) e può tal altra volta essere *complessa.*

a) Il deposito si trasforma in un altro contratto, appena le parti *mutano concordemente* la loro intenzione. Suppongasi, a mò di esempio, che il deponente permetta ultroneamente al depositario di servirsi del danaro depositato in sua mano, e che il depositario manifesti la sua accettazione spendendo quel danaro; oppure che il depositario chieda ed ottenga dal deponente il permesso di spenderlo: il contratto si trasformerà in un mutuo, nel primo caso, dopo lo spendimento, nel secondo caso, dopo il ricevimento del permesso (fr. 10, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1; fr. 1, § 34, *Dig. h. t.*, XVI, 3).

b) Essendo complesso lo scopo che le parti si propongono di raggiungere, fa di mestieri esaminare qual fu il loro *scopo principale e primitivo*, o come dice Ulpiano: *uniuscujusque contractus, spectandum est initium et causam* (fr. 8 *pr.*, *Dig. mandati*, XVII, 1). Esempigrazia, se taluno consegnò ad un altro una cosa incaricandolo di portarla ad un terzo creditore di lui committente, con l'ingiunzione, se questi non la volesse ricevere, di ritenerla presso di sè, fino a richiesta di lui committente: con l'accettazione di tale incarico così condizionato, fu concluso fra il committente ed il commissionario un mandato, *habens et custodiæ legem*, cioè che ha per obietto eziandio la custodia della cosa (fr. 1, § 12, *Dig. h. t.*, XVI, 3), perocchè l'intenzione primitiva e principale fosse evidentemente di concludere un mandato: mandato a portare, e poi mandato a custodire la cosa.

4° *Gratuità del Contratto.*

Una *mercede* è contradittoria all'indole di questo contratto, essenzialmente gratuito, solito intercedere fra persone unite fra

loro da vincoli di amicizia e di fiducia (fr. 1, § 8, 9, 10, *Dig. depositi*, XVI, 3, *Instit.*, § 3, *quib. mod. re contrah.*, III, 14). Ma un *onorario* dato *ex post*, è ammissibile (fr. 2, § 24, *Dig. de vi bon. rapt.*, XLVII, 8; fr. 6 *pr.*, *Dig. mandati*, XVII, 1). Se una *mercede* fosse stata convenuta, il contratto di deposito degenererebbe, in un contratto di locazione e conduzione di opere, ove quella mercede consistesse in una somma di danaro; ed in un contratto reale innominato *do ut des*, ove consistesse in altri oggetti diversi dal danaro.[1]

§ 297. Il deposito è un contratto di buona fede, sinallagmatico imperfetto, come il commodato; laonde direttamente e necessariamente, nasce dal medesimo una sola obbligazione, quella cioè del depositario di custodire la cosa depositata, e di restituirla ad ogni richiesta; per conseguenza, direttamente ne deriva una sola azione, l'*actio depositi directa* (*Instit.*, § 3, *quib. mod.*, III, 14); ma eventualmente può il depositario intentare un' *actio depositi contraria*, per ottenere il rimborso delle spese fatte a pro della cosa depositata, o il risarcimento dei danni, per occasione del deposito risentiti (fr. 5, *Dig. h. t.*, XVI, 3).

§ 298. *Gli effetti* del deposito vogliònsi esaminare:

1° di fronte al depositario,

2° di fronte al deponente.

1° *Di fronte al depositario.* Il depositario rimane *obbligato:*

a) a custodire la cosa, ed a provvedere alla conservazione della medesima. Il deposito tornando d'ordinario vantaggioso al solo deponente, il depositario di regola non è responsabile se non che del dolo e della colpa lata;[2] ma il depositario riconosciuto reo di dolo, incorre nell'infamia (fr. 5, § 2, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 1, § 8, 10, 47; fr. 31, *Dig. depositi*, XVI, 3, *Instit.*, § 3, *quib. mod.*, III, 14; fr. 1; fr. 6, § 6, *de his qui notant.*, III, 2). Sarebbe responsabile eziandio della colpa leve, ove spontaneo si fosse profferto come depositario, o il deposito gli tornasse vantaggioso,[3] (fr. 4 *pr.*, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1, *argom.*, fr. 17, § 2 *in f. Dig. de præscr. verbis*, XIX, 5; fr. 1, § 35, *Dig. h. t.*, XVI, 3).

b) Al depositario non lice arbitrariamente servirsi della cosa

[1] Concorda l'art. 1837.
[2] Concorda l'art. 1843.
[3] Concorda l'art. 1844.

depositata;[1] qualora se ne serva, si espone alle pene del furto di uso (*Instit.*, § 6, *de obligat. ex delicto*, IV, 1; fr. 29 *pr.*, *Dig. h. t.*, XVI, 3, *cost.* 3, *Cod. h. t.*, IV, 34).

c) Il depositario deve ad ogni richiesta, restituire la cosa *in specie*, con tutti gli accessorî di lei, *cum omni causa*[2] (*Instit.*, § 3, *quib. mod.*, III, 14; fr. 1, § 16, 22, *Dig. h. t.*, XVI, 3; fr. 38, § 10, *Dig. de usuris*, XXII, 1). Benchè un termine fosse stato apposto al deposito, il deponente potrebbe richiedere la cosa depositata, anche prima dello spirare del medesimo; perchè quel termine si presume generalmente apposto a vantaggio del deponente, per obbligare cioè il depositario a custodire la cosa finchè non sia decorso, attalchè lice al deponente rinunziare al benefizio, che si era assicurato;[3] (fr. 1, § 22, 45, 46, *Dig. h. t.*, XVI, 3). Il depositario in mora a restituire, deve risarcire i danni del ritardo risentiti dal deponente, e se il deposito aveva per obietto una somma di danaro, il moroso paga gli interessi moratorii (fr. 24; fr. 25, § 1; fr. 29, § 1, *Dig. h. t.*, XVI, 4, *cost.* 2, 5, *Cod. eod.*). Risponderebbe perfino del caso fortuito, se durante la sua mora la cosa depositata fosse perita, qualora perita non sarebbe, se fosse stata restituita in tempo debito (fr. 12, § 3, *Dig. h. t.*, XVI, 3). La restituzione della cosa deve essere fatta a chi la depositò (*Nov.* 88, *cap.* 1; fr. 1, § 39; fr. 31, § 1, *Dig. h. t.*, XVI, 3). Non lice al depositario opporre a costui, che egli non è proprietario, non potendosi mai opporre l'eccezione del terzo; ma è obbligato a restituire la cosa al proprietario vero che la reclama, quando il diritto di questo è liquido e certo (fr. 31, *Dig. h. t.*, XVI, 3). L'obbligo di restituire la cosa depositata è così rigoroso, che il depositario non può sottrarvisi sotto qualsiasi pretesto, e neppure allegando di ritenerla in compensazione, o per rimborsarsi delle spese fatte a vantaggio della medesima (*Instit.*, § 1, *de actionibus*, IV, 6; *cost. ult.*, *Cod. de compensat.*, IV, 31; *cost.* 11, *Cod. h. t.*, IV, 34).[4] L'unico caso, in cui diverrebbe lecito al depositario, ricusarsi alla restituzione, sarebbe quello in cui potesse dimostrare immediatamente, e con argomenti perentorii,

[1] Concorda l'art. 1846.
[2] Concordano gl'articoli 1848, 1849, e l'art. 1852.
[3] Concorda l'art. 1860, che aggiunge: purchè non siavi presso il depositario un atto di sequestro o di opposizione nei modi stabiliti dalle leggi.
[4] Per l'art. 1863 il Depositario può invece ritenere il deposito, sino all'intiero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito stesso.

che essendo egli il proprietario della cosa depositata, rubatagli, non era possibile un deposito della medesima in sua mano[1] perocchè verrebbe allora distrutta in radice l'*actio depositi* (fr. 45, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 15, *Dig. h. t.*, XVI, 3); ma di regola, prima deve restituire la cosa, poi far valere le sue ragioni sulla medesima (*cit. cost.* 11, *Cod. h. t.*, IV, 34). La restituzione deve essere eseguita, nel luogo ove l'obietto depositato si trova senza dolo del depositario, non curato il luogo ove il deposito fu fatto (fr. 12, § 1, *Dig. h. t.*, XVI, 3).[2]

2° *Di fronte al deponente.* Il deponente eventualmente può essere obbligato:

a) A risarcire il depositario di qualunque danno, che in conseguenza del deposito questi avesse risentito,

b) ed a rimborsarlo di tutte le spese, che ebbe a fare per conservare e restituire la cosa (fr. 61, § 5, *Dig. de furtis*, XLVII, 2; fr. 5, *pr.*, fr. 23, *pr. Dig. h. t.*, XVI, 3).[3]

c) Il deponente risentendo ordinariamente tutto il vantaggio dal deposito, è responsabile di qualunque colpa (fr. 61, § 5, *Dig. de furtis*). Il depositario con l'*actio depositi contraria* ottiene dal deponente l'esecuzione di queste sue obbligazioni.[4]

[1] Concorda l'art. 1861.

[2] Per l'art. 1858 si dichiara che se nel contratto di deposito è indicato il luogo in cui deve farsi la restituzione, il depositario è tenuto a trasportarvi la cosa; ma le spese sono a carico del deponente.

[3] Concorda l'art. 1862.

[4] Dalle note antecedenti a questa, relative al deposito, resulta evidente che gli obblighi del depositario sono pel Codice nostro analoghi a quelli che gli impone il diritto Romano; se nonchè il Codice contiene alcuni articoli che riferiremo, perchè contengono su questo argomento regole, che nel testo alle presenti note non occorrono.

L'articolo 1846 riconosce il principio romano che il depositario non può servirsi della cosa depositata senza permesso *espresso* o *presunto* del deponente. Ed il capoverso dell'articolo 1848, prevedendo il caso di un deposito di danaro fatto in guisa da fare *presumere* la concessione al depositario della facoltà di servirsene, prescrive che il depositario che ne ha fatto uso, debba restituire quel danaro nelle specie medesime in cui fu fatto, nel caso tanto di aumento quanto di diminuzione del loro valore.

L'articolo 1847 vieta al depositario perfino di tentare in alcun modo di scoprire le cose depositate presso di sè, quando gli sono state affidate in una cassa chiusa o in un involto suggellato.

L'articolo 1850 prescrive che il depositario a cui la cosa depositata fu tolta per forza maggiore, e che ha ricevuto in luogo di quella una somma di danaro o qualche altra cosa, deve restituire ciò che ha ricevuto (concordano i fr. 1, § 21; fr. 2; fr. 4, *Dig. depositi*).

Per l'articolo 1851, l'erede del depositario il quale ha venduto in *buona fede* la cosa che ignorava essere depositata, è obbligato soltanto a restituire il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione verso il compratore nel caso che il

§ 299. Gli interpreti del diritto Romano distinguono il deposito, in *deposito semplice*, *e deposito miserabile*. *Semplice* dicono quello del quale abbiamo fin qui trattato; *miserabile*, quello fatto a cagione di incendio, ruina, naufragio, inondazione, o di altra consimile calamità, pubblica o privata (fr. 1, § 1, *Dig. depositi*, XVI, 3). Il deposito miserabile ha questo di singolare, che se il depositario impugna mendacemente di avere ricevuto la cosa depositata, è condannato a pagare il doppio valore della medesima (fr. 1, § 1, 2, 4; fr. 18, *Dig. h. t.*, XVI, 3, *Instit.*, § 26, *De act.*,

prezzo non gli sia stato pagato (concordano i fr. 1, § ult.; fr. 2 e fr. 4, *Dig. depositi*).

Per l'articolo 1852 il depositario è tenuto a restituire i frutti che la cosa posseduta avesse prodotto, e che fossero stati da lui riscossi; ma egli non è debitore di alcuno interesse del danaro depositato, se non dal giorno in cui fu costituito in mora a farne la restituzione.

Il depositario non deve restituire la cosa depositata se non a colui che gliel ha affidata, o a colui in nome del quale fu fatto il deposito, o al tutore o all'amministratore di chi fece il deposito, se la persona che lo fece era incapace (art. 1853 e 1841). Concordano il fr. 1, § 39, ed i fr. 11, e fr. 26, *Dig. depositi*.

In caso di morte del deponente, la cosa depositata non deve essere restituita che all'erede. Se vi sono più eredi, la cosa depositata deve restituirsi ad ognuno di essi per la sua porzione. Se la cosa non è divisibile, essi debbono fra loro accordarsi sul modo di riceverla (art. 1855).

Se per avvenuto cambiamento di stato, il deponente ha perduto l'amministrazione dei suoi beni dopo il deposito, questo non può restituirsi se non a colui che ha l'amministrazione dei beni del deponente (art. 1856).

Se il deposito è stato fatto dal tutore o da un altro amministratore in tale qualità, e la sua amministrazione è finita al tempo della restituzione, questa non si può fare che alla persona già rappresentata, od al nuovo rappresentante (art. 1857).

Se nel contratto di deposito si è indicato il luogo in cui deve farsi la restituzione, il depositario è tenuto di trasportarvi la cosa depositata. Le spese di trasporto che occorressero, sono a carico del deponente (art. 1858).

Il depositario può pel Codice nostro obbligare il deponente a ritirare il deposito, quando sia scorso il termine fissato per la restituzione, od anche se termine non fu fissato; ma se per motivi speciali il deponente vi si oppone, spetta all'autorità giudiziaria il pronunziare (art. 1860).

È notevole che pel nostro Codice il depositario può *ritenere* il deposito sino all'intiero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito stesso (art. 1863). Nel parlare del comodato vedemmo che il Codice non accorda nelle stesse circostanze al comodatario il diritto di *ritenzione*. In diritto Romano *antegiustinianeo*, il depositario poteva esercitare questo gius di retenzione, come lo poteva e potè sempre il comodatario; ma nel diritto giustinianeo al depositario fu tolto il gius di ritenzione. (Pel diritto giustinianeo vedi la *cost.* 14, *Cod. de compensat.*, pel diritto antigiustinianeo il fr. 23, *Dig. depositi*). Il Codice nostro poi, nega la compensazione tanto di fronte alla domanda per la restituzione del deposito, quanto per la restituzione del comodato (art. 1289). Ed in ciò concorda pienamente col diritto Romano (*cost. ult.* § 1 *in f.*, *Cod. de compensat. cost. pen.*; *Cod. depositi*, *cost. ult. Cod. commod.*).

Se il deposito è stato fatto da una persona capace ad una incapace, quella che ha fatto il deposito non ha che l'azione rivendicatoria della cosa depositata, finchè questa si trova presso il depositario, ovvero un'azione in restituzione sino alla concorrenza di quanto si fosse rivolto in vantaggio di quest'ultimo (art. 1842).

IV, 6), disposizione penale, che, in gius Antico era applicata a qualunque maniera di deposito; (PAOLO, II, 12, 11): conciossiachè per la legge Decemvirale l'*actio depositi* appartenesse a quelle azioni, nelle quali appunto: *lis inficiando crescit in duplum*, (PAOLO, I, 19); disposizione rimasta in vigore pel solo deposito miserabile: evidentémente in considerazione della straordinaria malvagità addimostrata dall'infedele depositario, coll'approfittarsi della sventura per locupletarsi ingiustamente, e del maggior bisogno di difesa che ha il deponente coatto.[1]

§ 300. I commentatori del diritto Romano chiamano deposito *irregolare*, il deposito di una somma di danaro, eseguito senza autorizzare espressamente il depositario a servirsene, ma imponendogli invece l'obbligo di rendere *altrettanto: ut tantumdem redderet* (fr. 25, § 1, *Dig. h. t.*, XVI, 3). Mercè questa clausula, il depositario si intende autorizzato a valersi di quel danaro, con l'obbligo di restituire altrettanto. Per cotal guisa, in realtà è concluso più presto che un deposito, un mutuo: e si applicano effettivamente le regole del mutuo, comunque la contrattazione rivesta il titolo di deposito (fr. 24; fr. 25, § 1; fr. 26, § 1, *Dig. h. t.*, XVI, 3; fr. 31, *Dig. locati*, XIX, 2). La ragione di quest'anomalìa, è probabilmente la seguente. Il deposito era in diritto Romano un *bonæ fidei negotium*, al quale dunque era lecito aggiungere (come agli altri contratti di buona fede), il patto delle usure, senza bisogno di rivestirlo della forma della *stipulatio*, la quale esigeva la presenza delle parti. Per lo contrario a volere aggiungere al mutuo quel patto, (lo vedemmo) faceva di mestieri adoperare la *stipulatio*, perchè il mutuo era un contratto di stretto gius: e

[1] Il Codice usando il nome di deposito *necessario* dispone relativamente al deposito detto dai romanisti *miserabile* (vedi art. 1864). Il deposito necessario è sottoposto a tutte le regole del deposito volontario; sennonchè il Codice non ammette la prova testimoniale per le convenzioni sopra un oggetto il cui valore ecceda le *lire cinquecento* (art 1341), l'ammette nel deposito necessario (1348, nº 2, e art. 1865). L'articolo 1866 parifica al deposito necessario quello che i viandanti fanno dei loro bagagli o effetti portandoli negli alberghi, e l'articolo 1867 dichiara responsabili gli osti e gli albergatori del furto o del danno arrecato agli effetti, o al bagaglio del viandante nel caso che il furto sia stato commesso, o che il danno sia stato arrecato dai domestici o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, o da estranei che li frequentano; e l'art. 1868 li esonera da responsabilita soltanto pei furti commessi a mano armata, o altrimenti con forza maggiore o per negligenza grave del proprietario (vedi le note ai quasi delitti e il testo alle presenti note nei § 446, 504).

Il deposito che nel testo alle presenti note è detto *irregolare* ha analogia col deposito nel quale il depositario si serve della cosa depositata per *consenso presunto* dal deponente (art. 1846 e 1848, capoverso).

la *stipulatio*, ripetiamolo, esigeva la presenza delle parti. La forma del deposito poteva per conseguenza, venire utilmente adoperata a dare efficacia obbligatoria ad un mutuo fruttifero, che si contraeva fra assenti, e così fra persone che non avrebbero potuto rivestire con la stipulazione il patto delle usure.

§ 301. Una specie particolare di deposito, di cui è prezzo dell'opera separatamente discorrere, è il

Sequestro (Sequester).[1]

Il sequestro, ed avemmo altra volta occasione di definirlo (*Introduz.*, Sez., IV, § 235, lett. *c*, vol. I), è il *deposito di una cosa*, *tolta alla persona che poteva farla pericolare*, *ed affidata alla custodia di un'altra, finchè non sia deciso chi su quella cosa abbia diritto* (fr. 110, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 6, e fr. 17, *Dig. depositi*, XVI, 3; fr. 22, § 8, *Dig. soluto matrim.*, XXIV, 3). Comunemente si dice, che il sequestro è: il deposito di una cosa litigiosa in mano di un terzo, che deve restituirla a quella delle parti, cui per sentenza verrà dichiarato che debba appartenere;[2] ma è questo il significato più limitato della parola sequestro, la quale ha eziandio quello più esteso, da noi riferito pel primo. Ed è per riguardo a quel più esteso significato della voce sequestro, che si distingue un sequestro *volontario*, ed un sequestro *necessario*, vale a dire concluso per consenso delle parti interessate, o ordinato dal giudice. Gli stessi principii regolano queste due maniere di sequestro: se non che vuolsi avvertire, che il sequestro necessario, come quello che non deriva dal consenso delle parti interessate, ma da un ordine del giudice, più presto che un vero e proprio contratto, è un quasi contratto (fr. 7, § 2, *Dig. qui satisdare cogantur*, II, 8; fr. 22, § 8, *Dig. soluto matrim.*, XXIV, 3; fr. 21, § 3, *Dig. de appellat.*, XLIX, 1). Il sequestro essendo una specie di deposito, l'azione per ripetere la restituzione dell'oggetto sequestrato (che si chiama *sequester*, come *sequester* si dice la persona in mano della quale è fatto il sequestro) è l'*actio depositi sequestraria* (fr. 12, § 2, *Dig. depositi*, XVI, 3; fr. 5, § 1, *Dig. eod., cost.* 5, *Cod. eod.*, IV, 34).[3]

[1] Concorda l'art. 1836.
[2] Concorda l'art. 1870, che usa la voce *sequestro* nel senso più limitato.
[3] Il Codice distingue il sequestro in *convenzionale* e *giudiziario* (art. 1869)

§ 302. Le differenze, che andiamo ad accennare, impediscono che si confonda il deposito col sequestro:

1° Il sequestro viene fatto da persone aventi interessi in conflitto, o è ordinato dal giudice: non così il deposito (fr. 17 *pr., Dig. depositi*, XVI, 3).

2° Il sequestro si fa ancora contro la volontà del proprietario della cosa: il deposito è volontario (fr. 7, § 2, *Dig. qui satisd. cogantur.*, II, 8).

3° Il sequestro può avere per obietto tanto delle cose mobili, quanto delle immobili,[1] (fr. 110, *Dig. de verb. signifi.*, L, 16), e perfino, se è ordinato dal giudice, delle persone (fr. 3, § 6, *Dig. de lib. exhib.,* XLIII, 30). Il deposito ha per oggetto soltanto cose mobili; persone non mai.

4° La restituzione della cosa sequestrata, sia il sequestro volontario o necessario, non avviene mai, come nel deposito, *quandocumque repetenti;* avviene invece, verificato l'avvenimento in considerazione del quale fu fatto, (*cost.* 5, *Cod. depositi,* IV, 34).[2] E la cosa sequestrata può essere richiesta sol-

distinzione che collima con quella fatta nel testo alla presente nota **fra sequestro** *volontario o necessario.*

L'art. 1870 definisce il sequestro *convenzionale*, come il deposito di una cosa controversa fatto da due o più persone presso un terzo che si obbliga di restituirla, terminata la controversia, a colui al quale sarà dichiarato che debba appartenere. Per l'articolo 1871 il sequestro *può* non essere gratuito, e per l'articolo 1873 è dichiarato che può avere per oggetto beni mobili od immobili.

Il sequestro *giudiziario* si ordina dal giudice, o a richiesta di uno solo dei litiganti, o anche *ex officio.*

Oltre i casi stabiliti dal Codice di procedura civile, l'autorità giudiziaria può ordinare il sequestro;

1° Di un immobile o di una cosa mobile, la cui proprietà o il cui possesso sia controverso fra due o più persone.

2° Delle cose che un debitore offre per la sua liberazione (art. 1875).

La destinazione di un depositario giudiziale produce fra il sequestrante e il depositario vicendevoli obbligazioni. Il depositario deve usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia. Deve presentarle tanto per soddisfare il sequestrante con la vendita, quanto per restituirle alla parte contro cui sono state fatte le esecuzioni, in caso di rivocazione di sequestro. L'obbligo del sequestrante consiste nel pagare al depositario la mercede stabilita dalla legge, o in mancanza, dall'autorità giudiziaria (art. 1876).

Il sequestro giudiziario viene affidato o ad una persona, sulla quale le parti interessate sieno fra loro d'accordo, o ad una persona nominata d'uffizio dall'autorità giudiziaria (art. 1877).

Sul sequestro vedi il Codice di procedura civile dall'art. 921 all'art. 937, ed ivi la nozione del sequestro *conservativo* o *assicurativo* (art. 924).

[1] Concorda l'art. 1873.

[2] Concorda l'art. 1874.

tanto dalla persona, cui fu riconosciuto che per giustizia debba essere consegnata.

5° Il sequestrario ha il *possesso interdittale della cosa*, il depositario ne ha la *semplice detenzione* (vedi Vol. I, lib. II, § 31, n. 4).

§ 303. Qualora chi ebbe la cosa in sequestro, fosse stato incaricato eziandio di amministrarla; il contratto degenererebbe in un mandato, se fosse gratuito: altrimenti in una locazione e conduzione di opera, e darebbe luogo all'azione *locati conducti*, o *mandati sequestraria*. Porremo termine a questa trattazione osservando che il sequestrario può per gravi ragioni farsi autorizzare dal giudice, a restituire innanzi tempo la cosa depositata (fr. 5, § 2, *Dig. depositi*, XVI, 3).[1]

d) Del contratto di pegno (*contractus pignoratitius*).[2]

(*Instit.*, lib. III, tit. 14, § 4, *quibus modis re contrahitur obbligatio*; *Dig.*, lib. XIII, tit. 7, *de pignoratitia actione vel contra*; *Cod.* lib. IV, tit. 24, *de pignoratitia actione.*)

§ 304. Il contratto di pegno è: un *contratto reale nominato, che si conclude con la consegna di una cosa, per sicurezza di un*

[1] Concorda l'articolo 1874 in fine.

[2] Pel Codice nostro il contratto di pegno è, come per diritto Romano, un contratto *reale*, che si conclude con la consegna della cosa. Il creditore pignoratizio, non può sperimentare l'*azione possessoria di manutenzione*: 1° perchè egli non possiede la cosa con *animo di tenerla come propria* (art. 686), non ha dunque un possesso *legittimo*, bensì un semplice *possesso naturale* o una *detenzione*: 2° perchè pel Codice nostro il pegno non può avere per obietto se non se delle cose *mobili* (art. 1878) ed i mobili non sono suscettivi di un possesso legittimo *manutenibile* (art. 694). Il creditore pignoratizio non ha poi il *possesso del suo diritto* (*juris possessio* o *quasi possessio*) perchè il diritto reale di pegno si esercita mediante la vendita della cosa oppignorata; e questo è un esercizio che estingue il diritto stesso, e perciò non è suscettivo di reiterazione; ora è noto che i diritti che con lo esercizio si estinguono, e quindi non suscettivi di esercizio reiterato, non si possiedono legittimamente.

La *tradizione* della cosa è necessaria, eziandio pel Codice nostro, all'esistenza del contratto di pegno, dacchè sia « un *contratto reale*, col quale il debitore *dà al creditore* una cosa *mobile* per sicurezza del credito, da restituirsi in natura dopo l'estinzione del medesimo (art. 1878). Finchè non vi ha tradizione, non esiste contratto; ma nel sistema del Codice nostro, la convenzione di dare una cosa in pegno, disgiunta dalla consegna, mentre non avrebbe nessuna efficacia per fare acquistare una garanzia reale sulla cosa stessa a favore della persona cui tal promessa venisse fatta, varrebbe a dar vita ad un'azione per ottenere l'esecuzione di promessa siffatta; conciossiachè pel nostro Codice ogni convenzione che per legge non ha bisogno di forma speciale, dà vita ad una obbligazione e ad un'azione, quando in essa concorrano i requisiti essenziali, generalmente richiesti per la validità di un contratto (art. 1104).

Anche pel Codice Italiano è l'*intenzione* delle parti di *dare e respettivamente*

credito della persona cui è consegnata, consegna che ha per effetto di trasferire il possesso giuridico della cosa medesima nell'accipiente, con l' obbligo di restituirla, estinto il credito. (*Instit.*, § 4,

ricevere la cosa per sicurezza di un credito, che distingue questo contratto di pegno da altri contratti reali.

Il contratto di pegno dà vita pel Codice nostro ad un *diritto reale* di pegno, che consiste nella facoltà di farsi pagare *con privilegio* sulla cosa oppignorata (art. 1879, art. 1958, n° 6). Questo privilegio non ha luogo:

a) se non in quanto la cosa oppignorabile è stata *consegnata*, ed è *rimasta in potere* del creditore o di un terzo eletto dalle parti (art. 1882).

b) se non quando vi è un atto pubblico, od una scrittura privata, che contenga la dichiarazione della somma dovuta, e della specie e natura delle cose date in pegno, o che abbia annessa una descrizione della loro qualità e misura, e del loro peso. Tuttavia la riduzione dell'atto in scrittura non è richiesta, se non quando si tratta di un oggetto eccedente il valore di lire 500 (art. 1880) giacchè allora la prova testimoniale non potrebbe essere ammessa (art. 1341). Il privilegio poi non ha luogo sopra i *crediti oppignorati*, se non quando il pegno resulti da un atto pubblico o da scrittura privata, e ne sia fatta notificazione al debitore del credito dato in pegno (art. 1881).

Pel Codice nostro il diritto reale che dal pegno deriva, è diverso dal diritto reale che deriva dall' ipoteca. Ed invero il creditore ipotecario può perseguitare la cosa ipotecata in mano di chiunque trapassi, giacchè vi passa con l' onere ipotecario statovi impresso; il creditore ipotecario può far valere il suo diritto contro qualsiasi terzo possessore; il creditore pignoratizio invece non ha che un *privilegio sulla cosa*, e questo privilegio non è esercibile se non in quanto la cosa è stata *consegnata*, ed è *rimasta in potere* del creditore o di un terzo eletto dalle parti (art. 1882); uscita dal *suo potere*, cessa il privilegio; giusta il principio dell'odierno diritto (contrario in ciò al diritto Romano) *mobilia non habent sequelam*.

Del resto, anche pel Codice nostro, questo diritto reale di pegno può essere costituito sopra cosa data da un terzo pel debitore (art. 1883); ed è un diritto *indivisibile* (art. 1889).

Il creditore pignoratizio non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento: ha però il diritto di fare ordinare giudizialmente, che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino alla concorrenza del debito, secondo la stima da farsi per mezzo di periti, oppure che sia venduto all'incanto. (art 1884).

Ed è nullo qualunque patto che autorizzi il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità sopra stabilite (art. 1884, capo verso).

Laonde il Codice va più in là del diritto Romano, giacchè non solo proibisce il *patto commissorio*, ma di più impone che la vendita sia fatta per *ordine giudiziale*, ed annulla qualunque convenzione in contrario.

Così pel Codice nostro, come per diritto Romano, il contratto di pegno è un contratto *sinallagmatico* (sebbene *imperfetto*), dal quale per conseguenza derivano per ambedue i contraenti diritti ed obblighi reciproci.

1° Quindi, il creditore ha l' obbligo di restituire la cosa oppignorata dopo essere stato intieramente pagato del capitale, degli interessi e delle spese del credito per sicurezza del quale gli è stato dato il pegno; ma ha un diritto di *ritenzione* sulla cosa fino a questo pagamento. Se il medesimo debitore avesse contratto un altro debito con lo stesso creditore posteriormente alla tradizione del pegno, e tale debito fosse divenuto esigibile innanzi che si facesse luogo al pagamento del primo debito, il creditore non può essere costretto a rilasciare il pegno, prima che venga intieramente soddisfatto per ambedue i crediti, ancorchè non siasi stipulato di vincolare il pegno al pagamento del secondo debito (art. 1888).

2° Il creditore è responsabile, secondo le regole stabilite nel titolo delle obbligazioni e dei contratti in genere, della perdita o del deterioramento del

quib. mod., III, 14). Questo contratto, alla pari del commodato o del deposito, è un contratto reale, di buona fede, sinallagmatico imperfetto. Dal medesimo dunque, principalmente e *direttamente* deriva una sola azione: l'*actio pignoratitia directa*, che appartiene alla persona che oppignorò la cosa, per farsela restituire, estinto il credito. *Accidentalmente* chi ricevè il pegno, ha

pegno avvenuti per sua negligenza (art. 1885); se abusa del pegno, il debitore può ottenere che il medesimo sia posto sotto sequestro (art. 1887).

Per l'altra parte il debitore:

1° Deve rimborsare il creditore delle spese occorse per la conservazione del pegno (art. 1885 capoverso).

2° Se gli è dato in pegno un credito il quale produce interessi, il creditore deve imputare tali interessi a quelli che possono essergli dovuti. E se il debito per la cui sicurezza si è dato in pegno un credito, non produce per se stesso interessi, l'imputazione si fa al capitale del debito (art. 1886).

Il Codice nostro riconosce un contratto di *anticresi* che dà una garanzia al creditore; ed in ciò ha qualche analogia col pegno. Questo contratto di *anticresi* è un contratto reale, mediante il quale il creditore acquista il diritto di far suoi i frutti *dell'immobile* del suo debitore, coll'obbligo di imputarli annualmente a sconto degli interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito (art. 1891).

In diritto Romano l'anticresi era un patto che si soleva aggiungere al pegno; il debitore dava al creditore la facoltà di percipere i frutti dello immobile oppignoratogli, invece degli interessi; ed il debitore riteneva il possesso della cosa oppignoratagli finchè non era pagato; e se perdeva quel possesso poteva recuperarlo con l'*actio pignoratitia* (fr. 11, § 1, *Dig. de pignor. et hypoth.*, fr. 33 e 39, *Dig. de pign. act.*).

Pel Codice nostro dal contratto di anticresi *non nasce un diritto reale*: infatti l'art. 1897 dichiara, che l'anticresi *non produce effetto se non nei rapporti fra debitore e creditore e loro eredi*; quindi non pregiudica ai diritti che i terzi potessero avere acquistato sopra l'immobile. Non può il creditore perseguitare la cosa datagli in anticresi in mano dei terzi; ha un semplice *diritto di retenzione* (art. 1893) congiunto al possesso, e che dura quanto il possesso medesimo; diritto di ritenzione che si farebbe valere mediante una eccezione, l'eccezione del dolo. Il creditore ha diritto al godimento della cosa, ma il diritto suo non colpisce direttamente la cosa come avviene nell'usufrutto, e nell'enfiteusi (Vedi Troplong *Dell' Anticresi*, n° 524).

Il creditore ritiene la cosa datagli in anticresi finchè non è stato intieramente soddisfatto del suo credito (art. 1893). In mancanza di pagamento può chiedere coi mezzi legali la spropriazione del suo debitore (art. 1894). Anche in materia di anticresi è proibito il patto commissorio: infatti l'articolo 1894 dichiara che il creditore non diventa proprietario dell'immobile per la sola mancanza del pagamento nel tempo convenuto; e che qualunque patto in contrario è nullo. L'anticresi può avere per obietto un immobile di un terzo diverso dal debitore, se consentì a dare in anticresi l'immobile suo pel debito dell'altro (art. 1896 e 1883).

Il diritto che acquista il creditore in forza della anticresi è un diritto *indivisibile* (art. 1896 e 1889).

Dal contratto di anticresi derivano pel creditore i seguenti obblighi:

1° Pagare i tributi ed i pesi annui dell'immobile.

2° Provvedere alla manutenzione ed alle riparazioni necessarie, prelevando tali spese dai frutti (art. 1892). Ma può liberarsi da questi obblighi costringendo il debitore a riprendere il godimento dell'immobile, ammenochè non abbia renunziato a questo diritto (art. 1893, capoverso).

I contraenti possono stipulare che i frutti dello immobile si compenseranno con gli interessi del credito in tutto od in parte (art. 1895).

facoltà di valersi di un'*actio pignoratitia contraria*, per gli effetti, che descriveremo fra un istante. Due sono i requisiti del contratto pignoratizio.

1° La tradizione della cosa,

2° L'intenzione delle parti di concludere un contratto di pegno.

1° *La Tradizione.*

Eziandio il contratto di pegno, come contratto reale, si conclude mediante la tradizione, tradizione la quale trasferisce nell'accipiente soltanto il possesso interdittale: quello *ad usucapionem* rimanendo presso il trasferente (vedi Vol. I, lib. II, § 30, n. 2). Avanti la tradizione questo contratto non ha vita: e neppure, per conseguenza, esiste il diritto patrimoniale reale che ne deriva; ma si ingannerebbe a partito chi credesse che la promessa di costituire un pegno, fosse assolutamente inefficace a dare una garanzia reale alla persona cui venisse fatta, imperocchè il diritto patrimoniale reale di ipoteca, potendo costituirsi per semplice patto, quella promessa potrebbe almeno dar vita a quest'ultimo (fr. 1 *pr., Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7, e vedi *vol.* I, *lib.* II, § 204). Ciò nonpertanto, la promessa di costituire un pegno, disgiunta dall'indicazione della cosa, sarebbe un patto *de pignore constituendo*, privo di effetto civile.

2° *L'intenzione delle Parti.*

Vuolsi ripetere quì, ciò che già fu detto trattando del mutuo, del commodato e del deposito; nei contratti reali, prima è l'intenzione delle parti, poi l'indole della cosa consegnata, che vale a determinare la specie del contratto reale concluso.

§ 305. È di massima importanza il distinguere: il *contratto reale di pegno* dal *diritto patrimoniale reale di pegno*, che può derivarne. Affinchè abbia vita il *diritto reale*, noi vedemmo addimandarsi:

a) l'esistenza di un credito, a garantire il quale è costituito:

b) una cosa idonea ad essere ipotecata o impegnata (vedi vol. I, lib. II, § 195). Nessuna di queste due condizioni si richiede per l'esistenza del *contratto reale*. E di vero:

1° Il contratto di pegno può esistere, sebbene il credito a garantire il quale fu concluso, non esista in realtà, e sia dalle parti soltanto per errore creduto esistere. Il rapporto obbligatorio nasce appena la cosa è consegnata con lo scopo di darla in garanzia di un credito, questo esista o no (fr. 11, § 2, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7). Diritto reale di pegno non deriverà da questo contratto, ma il contratto esisterà, e potrà farsi valere; attalchè chi consegnò la cosa, credendo oppignorarla, con l'*actio pignoratitia directa* potrà ottenerne la restituzione.

2° Il contratto di pegno può esistere, benchè la cosa per qualche circostanza non sia idonea ad essere oppignorata. Infatti perfino il *prædo*, che ha dato in pegno la cosa da lui rubata, pagato il debito suo, può ripeterla con l'*actio pignoratitia directa* (fr. 22, § 2, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7); e viceversa la persona a cui favore fu oppignorata la cosa, scoperto che essa non appartiene a chi gliela oppignorò, può, mediante l'*actio pignoratitia contraria*, esigere la costituzione di un altro pegno, o altrimenti conseguire un' indennità (fr. 9 *pr.*, fr. 16, § 1; fr. 32; fr. 36, *Dig. h. t.*, XIII, 7). Dunque il contratto esiste, il vincolo obbligatorio tiene, e può farsi valere mediante le azioni: sebbene il diritto reale non abbia avuto vita.

§ 306. *Chi riceve la cosa in pegno* è obbligato:

1° A restituirla, soddisfatto che sia del suo credito, (*Istit.*, § 4, *quib. mod.*, III, 14; fr. 9, § 3, 5, *Dig. h. t.*, XIII, 7; fr. 40, § 2, *Dig. eod.*, *cost.* 11, *Cod. eod.*, IV, 24), o qualora il credito non abbia avuto esistenza (fr. 11, § 2, *Dig. h. t.*, XIII, 7). Se il credito fu estinto, perchè fu pagato col prezzo retratto della vendita della cosa oppignorata, evidentemente non può farsi luogo alla restituzione della medesima, ma se quel prezzo eccedè l'ammontare del credito, tal' eccedente deve essere restituito (fr. 42, *Dig. h. t.*, XIII, 7, *cost.* 1, 2, *Cod. deb. vend. pign. imped.*, VIII, 29. Vedi vol. I. lib. 2, § 212, n. 4, e § 214, n. 1. La cosa deve essere restituita *cum omni causa* (fr. 18, § 1, fr. 21, *Dig. h. t.*, XIII, n. 1, 7), e per conseguenza coi frutti prodotti da essa, qualora non sieno stati diffalcati dall'ammontare del credito, per sicurezza del quale fu costituito il pegno (fr. 22, § 2; fr. 33, *Dig. h. t.*, XIII, 7, *cost.* 2, 3, *Cod. eod.*, IV, 24).

2° A prestare la *diligentia*, e la *custodia* (fr. 13, § 1, *Dig. h. t.*, XIII, 7; *Istit.* § 4, *quib. mod.*, III, 14, *cost.* 19, *Cod. de pignor. et*

hypoth., VIII, 14, *cost.* 5, 6, 8, *Cod. de pignorat. act.*, IV, 24), perchè è un contratto pel creditore vantaggioso. Non puo usare della cosa oppignorata, quando a ciò non sia stato specialmente autorizzato, altrimenti si fa responsabile di qualunque danno, e perfino di quello derivante da caso fortuito (fr. 11, § 1, *Dig. de pign. et hypoth.*, XX, 1; fr. 8, *Dig. in quibus causis pign.*, XX, 2. *Inst.,* § 6, *de obligat. quæ ex delicto*, IV, 1). Di tutte queste sue obbligazioni può ottenersi l'adempimento con l'*actio pignoratitia directa,* azione che non può essere intentata contro di lui, se non quando egli sia stato sodisfatto, azione che si prescrive in 30 anni.

§ 307. *Chi dà la cosa in pegno* è obbligato:

1° A risarcire la persona, cui la cosa è data, di tutti i danni che quest' ultima potesse averle fatto risentire, ed a rimborsarla di tutte le spese che le avesse cagionato (fr. 31, *Dig. h. t.,* XIII, 7).

2° A guarentire alla persona, cui impegnò la cosa, le qualità della medesima necessarie al fine per cui fu oppignorata, e l'assenza di ogni vizio o difetto, che potesse produrre perdita, o diminuzione di sicurezza (fr. 1, § 2, fr. 36, *Dig. h. t.*, XIII, 7).

3° A costituire un nuovo pegno, se il primo viene a mancare, o si scuopre insufficiente (fr. 9 *pr.;* fr. 16, § 1; fr. 32, *Dig. h. t.,* XIII, 7).

4° Chi costituì il pegno, risponde del *dolo* e della *colpa leve,* se lo costituì per interesse proprio, vale a dire, se impegnò la cosa per garantire un debito proprio; risponde della colpa *lata*, se la impegnò per garantire un debito altrui: dacchè nel primo caso risente vantaggio dal contratto, non già nel secondo (*Instit.,* § 4, *quib. mod.*, III, 14; fr. 23, *Dig. de reg. jur.,* L, 17; fr. 5, § 2, *commod.*, XIII, 6). A tutto questo può essere astretto mediante l'*actio pignoratitia contraria.*

B) Contratti reali innominati. [1]

(*Dig.,* lib. XIX, tit. 4, *de rerum permutatione;* tit. 5, *de præscriptis verbis, et in factum actionibus. Cod.*, lib. IV, tit. 64, *de rerum permutatione et præscriptis verbis. Dig.,* lib. XII, tit. 4, *de condictione causa data, causa non secuta. Cod.,* lib. IV, tit. 6, *de condictione ob causam datorum*).

§ 308. Nel trattare dei contratti reali in generale, fu per noi

[1] Vedi la nota al § 280

osservato avere i medesimi il loro fondamento nella regola di equità naturale: che quegli, il quale ha ricevuto una cosa per restituirla, o per fare in contraccambio una prestazione qualunque, sodisfaccia a tale obbligazione, assunta nel ricevere la cosa con quell' intendimento. Fu allora eziandio avvertito, come il diritto civile Romano sanzionasse questo principio di equità, da primo, in soli quattro casi, cioè nei casi di mutuo, di commodato, di deposito, e di pegno, riconoscendo soltanto queste 4 convenzioni come causa di obbligazione civile e di azione. Ma negli altri casi, diversi da questi, ed in cui tuttavolta sembrava dover militare lo stesso principio di equità naturale, il pretore dava un' *actio de dolo* contro chi, avendo ricevuto una cosa per restituirla, o per fare in contraccambio una prestazione qualunque, vi si ricusava (fr. 5, § 3, *Dig. de praescr. verb. act.*, XIX, 5; fr. 16, § 1 *in f.*, *Dig. eod.*). Se non che tale azione come quella che portava infamia al condannato nel giudizio cui dava luogo, raramente veniva sperimentata; quindi fu ammessa la regola, che al creditore fosse lecito, se non di esigere l' adempimento dell' obbligazione che aveva inteso di concludere, almeno di ripetere dal debitore; con una *condictio causa data, causa non secuta,* quello che gli aveva dato con l'intendimento di far nascere siffatta obbligazione (fr. 3 *pr.,* § 1, 2, 3, *Dig. de condict. causa data,* XII, 4; fr. 1, § 1, 2; fr. 4, *Dig. de condict. sine causa,* XII, 7; fr. 7, *Dig. de præscr. verb.,* XIX, 5). Finalmente, in qualche caso il Pretore dava un' *actio in factum,* un' azione, cioè, la quale invece di contenere nella *demonstratio* il nome del contratto, conteneva l' esposizione del fatto (fr. 7, § 2, *Dig. de pactis,* II, 14). Così procederono le cose, finchè Aristone Celso, giureconsulto vissuto ai tempi di Trajano, fece accogliere come principio generale la massima: esistere *causa civile* o *ragione sufficiente di contratto,* ogni qualvolta una parte avesse ricevuto una cosa, per fare in contraccambio una prestazione correspettiva (fr. 7, § 2, *Dig. de pactis,* II, 14). Ammesso questo principio, per logica conseguenza fu accordata un' azione per far valere questa maniera di contratti, azione introdotta per analogìa del gius civile, *civilis in factum actio*, detta *præscriptis verbis actio.* [1] Se si prescinde da questa differenza (in Gius Nuovo

[1] Benchè sia nel tratto delle Azioni e della Procedura, che si debbano spiegare i nomi delle Azioni, reputiamo opportuno, accennare quì il significato della qualifica *præscriptis verbis*, data all' *actio* in discorso. Nel sistema

puramente nominale) nell'azione, i contratti che si chiamano *innominati*, (perchè non hanno azioni dotate di nome speciale, *actionum nomina*, per farli valere, hanno la medesima efficacia degli altri contratti reali. Ciò non pertanto, hanno questo di singolare, che in essi fu mantenuta al creditore la facoltà, in caso di inesecuzione dell'obbligazione per parte del debitore, di ottenere mediante la *condictio, causa data, causa non secuta*, la restituzione di ciò che gli fu dato per concludere il contratto. Siffatta *condictio*, che era, come abbiamo dichiarato, il mezzo di cui si valeva il creditore, prima dell' introduzione dell'*actio præscriptis verbis* (in mancanza di altri mezzi più efficaci per farsi indennizzare), venne conservata eziandio quando quell'azione fu introdotta; divenne un privilegio dei contratti reali innominati, privilegio che gli interpreti del diritto Romano appellano *jus pœnitendi*. Attalchè il creditore ha in questi contratti reali innominati la scelta, o di esigerne l'esecuzione, con l'*actio præscriptis verbis*, o di ottenere la restituzione di ciò che ha dato, con la *condictio causa data causa non secuta* (fr. 5, § 1, *Dig. de præscript. verb.*, XIX, 5). Tuttavolta, qualora un termine fosse stato apposto all'esecuzione della obbligazione, non sarebbe lecito al creditore, prima dello spirare di quel termine, esercitare il suo *jus pœnitendi*; e per altra parte il debitore non ha il dovere giuridico di tollerare quell'esercizio, quando dimostri che l'inesecuzione dell'obbligazione non è imputabile a lui, perchè fu conseguenza di forza maggiore (fr. 5, § 1 e 2, *Dig. de præscr. verb.*, XIX, 5; fr. 3, § 2 e 3; fr. 5, *Dig. de condict. causa data,* XII, 4, *cost.* 10, *Cod. eod.*, IV, 6). La regola ammessa, mercè il Giureconsulto Aristone, esistere ragione sufficiente di contratto, quando una parte ha ricevuto una cosa (*res*) per fare una prestazione correspettiva, procedeva nel concetto, che fosse stata corporale la cosa (*res*) ricevuta; ma per interpretazione estensiva del significato della voce *res*, quella regola fu generalizzata, ed applicata ancora ai casi nei quali, una parte avesse fatto una prestazione qualunque a favore dell'altra,

di *procedura formulare*, chiamavasi *intentio* quella parte della formula rimessa dal *pretore* al *giudice*, in cui si contenevano le conclusioni dell'attore, ed ove erano in sostanza determinati i punti litigiosi. Se il pretore prima dell'*intentio* (*præ*) avesse aggiunto, in iscritto, *scriptis verbis*, un' indicazione delle circostanze particolari del caso, che dovevano essere considerate dal giudice per pronunziare la sentenza, l'*actio* pigliava la qualifica di *præscriptis verbis*. Anche dopo che fu cessato il sistema di procedura formulare, l'*actio præscriptis verbis* conservò il nome antico.

con l'intenzione comune, respettivamente di ottenere, e di fare un'altra prestazione in contraccambio. Per le quali cose, ai tempi del Giureconsulto Paolo, furono riconosciute nei contratti innominati quattro configurazioni: *do ut des - do ut facias - facio ut des - facio ut facias* (fr. 5, *Dig. de præscr. verbis,* XIX, 5). Notevoli applicazioni dell' *actio præscriptis verbis* si riscontrano: nella *permuta,* nel *contratto estimatorio*, nel *contratto di suffragio.*

1) Permuta (*Permutatio*).

(*Dig.,* lib. XIX, tit. 4, *de rerum permutatione; Cod.*, lib, IV, tit. 64, *de rerum permutatione, et præscriptis verbis.*)

§ 309. La permuta, è un contratto *do ut des*, adoprato il verbo *dare* nel suo significato tecnico, nel quale indica trasferire la proprietà (fr. 1, § 3, *Dig. h. t.,* XIX, 4).[1] In diritto Romano questo contratto è perfetto, quando una parte ha dato una cosa, affinchè chi la riceve dia un'altra cosa in contraccambio (*Instit.,* § 28, *de action.*, IV, 6; fr. 1, 2, *Dig. h. t.,* XIX, 4; *cost.* 2, *Cod. h. t.*, IV, 64). La convenzione sola di dare per ricevere, non costituisce il contratto di permuta. Abbenchè la permuta abbia lo stesso scopo della compra e vendita, e ne abbia anzi tenuto il luogo prima

[1] La nozione della permuta, pel Codice nostro, è affatto diversa da quella propria del diritto Romano.

La permuta dice l'articolo 1549) è un contratto, con cui ciascuna delle parti *si obbliga di dare* una cosa per averne un'altra; e l'articolo 1550 aggiunge, che la permuta si effettua mediante *il solo consenso*, come la vendita. Pel Codice dunque, non è più un contratto reale innominato, bensì è *consensuale.*

Nel sistema del Codice la permuta è governata dalle regole proprie della compra e vendita, (art. 1555) con le seguenti avvertenze e con una qualche limitazione.

1° Se uno dei permutanti ha già ricevuto la cosa datagli in permuta, e prova in seguito che l'altro contraente non è proprietario della cosa stessa, non può essere costretto a consegnare quella che egli ha promesso di dare, bensì solamente a restituire la cosa ricevuta (art. 1551).

2° Il permutante, il quale ha sofferto l'evizione della cosa ricevuta in permuta, può a sua scelta domandare il risarcimento dei danni, o ripetere la cosa data (art, 1552).

3° La rescissione per causa di lesione non ha luogo nel contratto di permuta. Se però si è convenuto a carico di uno dei permutanti un rifacimento in danaro che supera il valore dell'immobile da lui dato in permuta, tale contratto si considera come una vendita, e l'azione di rescissione spetta a chi ha ricevuto il rifacimento (art. 1554).

Laonde si può dire che pel Codice le sole differenze fra la permuta e la compra e vendita sono queste: 1° nella permuta non si può obiettare la *lesione;* nella compra e vendita è permesso. 2° Nella compra e vendita vi è cambio fra cosa e prezzo, nella permuta cambio fra cosa e cosa. 3° Alla permuta non sono applicabili gli art. 1455, e 1475, relativi alla compra e vendita.

dell'introduzione della moneta (fr. 1, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1), e con la compra e vendita dai Giureconsulti della scuola di Sabino e di Cassio fosse confusa, (Gajo III, 141, *Instit.*, § 2, *de emt. et vendit.*, III, 23), pure tuttavolta, con i Proculejani, ha da essere distinta da quella, specialmente perchè:

1° La permuta è un contratto reale, il quale per conseguenza si perfeziona mediante la tradizione: la compra e vendita è un contratto consensuale, il quale si perfeziona col consenso (fr. 1, § 2, 3, *Dig. h. t.*, XIX, 4, *cost.* 3, *Cod. eod.*, IV, 64).

2° Nella permuta, la dazione della cosa ne trasferisce la proprietà nell'accipiente, quand'anche egli si astenesse dal dare alla sua volta in contraccambio ciò che deve dare; nella compra e vendita per lo contrario, generalmente non è acquistata dal compratore la proprietà della cosa comprata, finchè egli non ha pagato il prezzo (*cost.* 4, *Cod. h. t.*).

3° Nella permuta, le parti sono obbligate a *trasferirsi reciprocamente la proprietà* delle cose permutate (fr. 1 *pr.*, *Dig. h. t.*), nella compra e vendita, il venditore si obbliga soltanto *a fare avere* al compratore la cosa che gli vende (*ut rem emtori habere liceat*). Laonde i principii dell'evizione, sono più rigorosi in materia di permuta, che di compra e vendita. Verbigrazia, una parte appena viene a sapere che la cosa consegnatale dall'altra parte non è proprietà di quella, ha facoltà di agire immediatamente, sebbene in effetto non siasi per anco verificata l'evizione (fr. 16 *in f.*, *Dig. de cond. causa data*, XII, 4; fr. 1 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIX, 4; fr. 25, §, 1, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 11, § 2; fr. 30, § 1, *de act. emti*, XIX, 1).

4° Nella permuta, il permutante può con l'*actio præscriptis verbis* ottenere l'esecuzione del contratto, o se lo preferisce può esercitare l'*jus pœnitendi*, ed ottenere la restituzione della cosa che ha dato (fr. 1, § 4, *Dig. h. t.*, XIX, 4; fr. 5, § 1, *Dig. de præscript. verbis*, XIX, 5; *cost.* 5, *Cod. h. t.*, IV, 64, mentre nella compra e vendita l'inesecuzione del contratto non autorizza a chiederne la risoluzione, e dà diritto unicamente ad ottenere un risarcimento di danni.

5° Finalmente, nella permuta viene data una cosa per averne un'altra, nella compra e vendita una cosa per avere del danaro contante (*Instit.*, § 2, *de emt. et vendit.*, III, 23; fr. 5, § 1, *Dig. de præscript. verb.*, XIX, 5).

2) Del Contratto Estimatorio (*Contractus æstimatorius*). (*Dig.*, lib. XIX, tit. 3, *De æstimatoria*).

§ 310. Il contratto estimatorio era: un *contratto reale innominato, mediante il quale si dava a taluno una cosa, affinchè la vendesse per un prezzo determinato, e procurasse quel prezzo al tradente, ovvero gli restituisse la cosa* (fr. 1, *Dig. h. t.*). Ove il consegnatario avesse ricavato dalla vendita un prezzo maggiore dello stabilito, avrebbe potuto appropriarsi quell'eccedente (fr. 1, § 1, *Dig. h. t.*); ove ne avesse ricavato un prezzo minore, questo di meno era a suo carico. Aveva perfino facoltà di ritenere la cosa per sè, pagandone il prezzo determinato (fr. 44, *Dig. pro socio*, XVII, 2; fr. 13 *pr.*; fr. 17, § 1, *Dig. de præscr. verb.*, XIX, 5). La consegna della cosa, non trasferiva la proprietà della medesima nel consegnatario se non quando quest'ultimo avesse pagato il prezzo stabilito (fr. 5, § 18, *Dig. de tribut. act.*, XIV, 4). Gli era lecito farsi promettere un salario dal consegnante, e gli spettava allora l'*actio æstimatoria utilis* per conseguirne il pagamento, dopo avere eseguito la sua obbligazione. (fr. 2, *Dig. h. t.*, XIX, 3). Rispondeva del dolo e della colpa (fr. 17, § 1, *Dig.* 5, *Dig. de præscript. verbis*, XIX, 3). Il caso fortuito, non era a suo carico, ammenochè:

a) ne avesse assunto espressamente la responsabilità (fr. 5, § 3, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 1, § 1, *Dig. h. t.*, XIX, 3).

b) o avesse fatto istanza per concludere questo contratto, (fr. 1, § 1, *Dig. h. t.*, XIX, 5; fr. 17, § 1, *Dig. de præscr. verb.*, XIX, 3). Il contratto estimatorio, contratto di buona fede, che rassomiglia assai al contratto di commissione del nostro odierno diritto commerciale, fu da alcuni considerato come una compra e vendita, da altri come un mandato, o come una locazione e conduzione di opere (fr. 1 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIX, 5), ma a torto; e di fatto compra e vendita non era, perocchè chi riceveva la cosa non era obbligato a pagarne il prezzo, e poteva liberarsi restituendola; non era neppure un mandato, perchè chi si incaricava di vendere, riceveva un salario in caso di vendita, oppure riteneva l'eccedente ricavato oltre il prezzo stabilito, senza essere obbligato a render conto del suo operato; e nemmeno era una locazione e conduzione di opere, la mercede, non essendo uno

degli estremi di tal contratto. In verità era dunque un *contratto reale*, di cui si otteneva l'esecuzione mediante la *præscriptis verbis actio*, che in questo caso aveva nome di *æstimatoria*, o *de æstimato*, perchè intesa ad ottenere la prestazione del prezzo determinato.

3) Contratto di Suffragio (*Contractus Suffragii*).
(*Cod.*, lib. IV, (tit. 3, *De suffragio*).

§ 311. Il contratto di suffragio era quello *pel quale si dava a taluno qualche cosa, affinchè l'accipiente si interponesse presso il principe a favore del trasferente.* Questa mostruosità bizantina, fu tollerata a condizione:

a) che il trasferente non desse con lo scopo di ottenere, per l'intercessione dell'accipiente, la nomina ad un pubblico uffizio:

b) che l'accipiente non fosse per uffizio obbligato a adoperarsi a vantaggio del trasferente (*cost. un., Cod. de suffragio*, IV, 3; *Nov.* 8, *cap.* 1; *Nov.* 161, *cap.* 2).

II. Contratti Verbali (*Verborum obligatio*).[1]

(*Instit.*, lib. III, tit. 15, *de verborum obligatione; Dig.* lib., XLV, tit. 1, *de verborum obligationibus; Cod.*, lib. VIII, tit. 38, *de contrahenda et committenda stipulatione*).

§ 312. I contratti reali, dei quali abbiamo adesso trattato, i contratti consensuali, dei quali parleremo fra non molto, si concludono o con la consegna di una cosa, (*re*) o col consenso (*consensu*); hanno dunque il loro fondamento in un fatto naturale e razionale; ora dobbiamo dire di quei contratti, i quali più presto che sulla consegna di una cosa, o sul consenso, si fondano sul *segno*, sulla *forma* adoperata dalle parti nel vincolarsi, contratti che i commentatori appunto per questo, chiamano *formali.* I contratti formali sono *verbali o litterali.* Prima diremo dei *verbali.*

§ 313. Avvertimmo poco sopra (§ 279), che le obbligazioni si contrassero primitivamente mediante il *nexum*, il quale constava di due elementi: la dazione di una cosa, e le parole

[1] Vedi la nota al § 280.

sacramentali proferite nel momento della tradizione; che in progresso di tempo questi due elementi furono disgiunti, ed ognuno di essi anche solo, fu considerato come *causa civilis* sufficiente; onde furono riconosciute quali obbligazioni civilmente valide, oltre quelle contratte *re*, eziandio quelle contratte *verbis*, cioè mediante la solennità delle parole sacramentali, adoperate dalle parti nel vincolarsi. Di tre obbligazioni verbali troviamo menzione nelle nostre Fonti: 1° La *dotis dictio*, 2° la *promissio operarum jurata*, *a liberto facta*, 3° La *stipulatio*.

§ 314. La *dotis dictio*, e la *promissio operarum jurata*, *a liberto facta*, venivano compiute mediante parole solenni, proferite da una parte sola, dalla parte che si obbligava, senza bisogno che l'altra parte proferisse formula alcuna d'interrogazione o d'accettazione; la *stipulatio* richiedeva invece che parole solenni fossero proferite da ambedue le parti (Gaio, *Epitome Instit.*, II, 9, § 3 e 4; Ulp., *Reg.*, VI, 1, 2, *Vatic. jur. fragm.*, § 99 *e seg.*). La *dotis dictio*, ultronea promessa di dote, della quale dovremo parlare più diffusamente trattando della dote, andò ben presto in disuso; e nel diritto Giustinianeo più non esiste. Della *promissio operarum jurata a liberto facta*, sembra fosse fatta menzione, insieme con la *dictio dotis*, da Gajo nelle sue Istituzioni, là dove trattava delle obbligazioni contratte *verbis*, ma in quel punto una pagina intiera è rimasta illeggibile, ed il contenuto ne è compendiosamente riferito nell'Epitome delle Istituzioni di quel giureconsulto, che occorre nel *Breviarium Alaricianum*. Notizie relative a questa *promissio* possono ricavarsi dal tit. 1, lib. XXXVIII, delle Pandette, titolo che ha per rubrica: *De operis libertorum*, non che dal tit. 3, lib. VI, del Codice, titolo che ha l'uguale rubrica: *De operis libertorum*. Da queste Fonti attingiamo, che era una semplice promessa del liberto fatta con giuramento (fr. 7 *pr.*, § 2, *Dig. de op. lib.*, XXXVIII, 1; fr. 44 *pr.*, *Dig. de lib. causa*, XL, 12), di prestare al padrone opere fabrili, in ricompensa della libertà. Il padrone esigeva dal servo tal promessa, prima di manometterlo, e la voleva accompagnata da giuramento, affinchè il sentimento religioso conferisse a procurarne l'osservanza; ma siccome durante la servitù, fra padrone e servo non potevano aver luogo obbligazioni civili, quella promessa doveva venire reiterata dopo la manomissione (fr. 7, § 2, *Dig. de op. lib.*, XXXVIII, 1; fr. 44, *Dig. de liberali causa*, XL, 12); allora acquistava forza

obbligatoria: forza obbligatoria, che non derivava tanto dalla solennità delle parole pronunziate dal liberto promettendo, quanto dalla religione del giuramento (Gajo, *Epit.*, II, 9, § 5). Vero è bene, che di regola da un patto giurato non nasceva obbligazione civile, e per conseguenza neppure azione, quando il patto stesso, di per sè non fosse stato rivestito di azione, ma per la promessa giurata dai liberti cotal regola, dall'editto del pretore, era stata limitata. Nelle Istituzioni imperiali, fra le obbligazioni che si contraggono *verbis*, occorre solamente la:

Stipulazione (*Stipulatio.*)

(*Instit.*, lib. III, tit. 15, *de verborum obligatione;* tit. 18, *de divisione stipulationum;* tit. 19, *de inutilibus stipulationibus; Dig.*, lib. XLV, tit. 1, *de verborum obligationibus; Cod.*, lib. VIII, tit. 38, *de contrahenda et committenda stipulatione;* tit. 39, *de inutilibus stipulationibus*).

§ 315. La stipulazione può essere definita, come un *contratto verbale*, *unilaterale*, *il quale prendeva vita dalla solennità delle parole, che le parti proferivano*, *ed era concluso, quando l'una interrogata formalmente dall'altra*, *se voleva dare*, *fare o prestare qualche cosa, lo prometteva incontanente*, *correlativamente alla domanda* (fr. 5, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Molte e varie sono le etimologie assegnate alla voce *stipulatio.* Paolo, (*Sent. Recept.*, V, 7, 1) pretese che *stipulatio* derivasse da *stipulum,* « *stipulum* enim veteres *firmum* appellaverunt; forte (aggiun- » gono i compilatori delle Istituzioni imperiali (*h. t. pr.*) forte *a* » *stipite* descendens. » Isidoro (*Orig.*, IV, 24) invece lasciò scritto, che derivasse *a stipula* « veteres enim quando sibi aliquid pro- » mittebant, *stipulam* tenentes frangebant, quam iterum jungentes, » sponsiones suas agnoscebant. » A noi, preferibile sembra l'etimologia assegnata da Varrone (*De lingua latina,* IV, 36), che fa derivare quella voce *a stipe,* e *stipis* significava danaro: « quod *æs* » quoque stipem dicebant; » infatti la *stipulatio* soleva andar congiunta in origine alla *mancipatio,* insieme con la quale costituiva il *nexum: mancipatio,* la quale si eseguiva *per æs et libram.* La *stipulatio* constava essenzialmente di due parti:

a) di una domanda fatta dal creditore (*rogatio, interrogatio*).

b) di una risposta fatta dal debitore (*sponsio, responsio*). La risposta consistendo in una promessa, comunemente si diceva *promissio*, e la domanda *stipulatio*: onde *reus promittendi* e poi *promissor* fu sinonimo di debitore, e *reus stipulandi* o *stipulator* di creditore (fr. 1, *Dig. duob. reis*, XLV, 2). Della stipulazione, atto eminentemente civile, furono in origine capaci i soli cittadini: poi per satisfare ai bisogni della pratica, eziandio i peregrini. *Dari spondes? - spondeo,* tale era la formula più antica propria della *stipulatio*, formula che faceva di mestieri proferire in lingua latina, e che proferire non poteva chi non era cittadino. Permessa la *stipulatio* ai peregrini, doverono adoperare le seguenti formule: *promittis? - promitto* (prometti? prometto); *fidepromittis? - fidepromitto* (prometti sulla tua fede? - lo prometto); *fidejubes? - fidejubeo* (ti fai mallevadore? mi faccio mallevadore); *dabis? - dabo* (darai? darò); *facies? - faciam* (farai? farò). Era lecito proferire queste formule in qualunque idioma, nè si esigeva che la domanda fosse nell'idioma stesso della risposta, quando le parti intendevano ambedue gli idiomi adoperati (Gajo, III, § 92 a 94; Paolo, II, 3, *Instit.*, § 1, *de verb. oblig.*, III, 15; fr. 1, § 6, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Requisito essenziale della stipulazione era la presenza delle parti che volevano contrattare, coerentemente alla regola dell'antico diritto: non essere lecito acquistare, nè obbligarsi per *liberas personas* (Gajo, III, 138; Paolo, V, 7, 2, *Instit.*, § 12, *de inut. stip.*, III, 19; fr. 1 *pr.*, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1): onde l'impossibilità di stipulare fra assenti. A questo inconveniente fu ovviato col farsi rappresentare da un servo o da un figlio, sul quale si avesse patria o padronale potestà; così si spiega il frequente intervento di persone siffatte nei negozi civili dei tempi più antichi. Gli schiavi in peculiar modo giovavano a quest'uopo, al muto, al sordo, all'infante, perchè questi ultimi non potendo proferire o udire le formule della *stipulatio*, ne erano personalmente incapaci (fr. 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).

§ 316. In antico, giusta la regola: *obligatio ex heredis persona incipere non potest.* (Gajo, III, 100, 101, 119, 158, 176, *Instit.*, § 13, *de inut. stip.*, III, 19), la stipulazione non poteva avere per obietto una prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, o del promittente. Sembrava agli antichi Giureconsulti, contradittorio, assurdo, *inelegans*, (come dice Gajo), che taluno promettesse o si facesse promettere una prestazione, che non si

poteva personalmente eseguire od esigere, e la quale ridondava a vantaggio o carico soltanto dell'erede (GAJO, III, 100; *cost. un. Cod. ut actiones et ab heredibus, et contra heredes incipiant*, IV, 11). Con l'intendimento di sottrarsi a quella regola, lo stipulante o il promittente solevano aggiungersi altre persone, che intervenivano come loro ausiliari (*adstipulatores, adpromissores*). Costoro, alla morte della persona, cui si erano aggiunti a stipulare od a promettere, esigevano od eseguivano la prestazione, che era obietto dell'obbligazione; poi gli eredi dello stipulante intentavano contro gli *adstipulatores* del loro autore, un'*actio mandati directa*, perchè trasferissero loro l'utile ricavatone: e gli *adpromissores* intentavano un'*actio mandati contraria* contro gli eredi della persona cui si erano aggiunti a promettere, perchè li rilevassero dalle conseguenze pregiudicevoli dell'eseguita prestazione (GAJO, III, 110, 111); in questa guisa sugli eredi ricadevano in ultima analisi, gli effetti della stipulazione fatta dai loro autori, per dopo la propria morte. Venne a mancare il bisogno degli *adstipulatores* e degli *adpromissores*, allorquando fu per Giustiniano ammesso, che le azioni potessero aver principio nella persona degli eredi, sia che queste azioni fossero dagli eredi, o contro gli eredi sperimentate (*cit. cost. un., Cod. ut actiones*, IV, 11, *Instit.*, § 13, *de inut. stip.*, III, 19). Come stipulazioni nulle erano considerate nel più vetusto diritto Romano, le *stipulationes præposteræ;* e tali si dicevano quelle in cui si prometteva di effettuare l' esecuzione di una obbligazione condizionale, prima del verificarsi della condizione. Stipulazione di siffatta maniera sarebbe stata verbigrazia questa: *si cras, navis ex Asia venerit, hodie dari spondes?* Stipulazione prepostera, perchè in essa era messo avanti (*præ*), quello che aveva da venire dopo (*post*): il termine fissato per l'adempimento dell'obbligazione, è infatti, qui preposto al verificarsi della condizione: si promette di adempire, avanti di esservi obbligati (*Instit.*, § 14, *de inut. stip.*, III, 19). Leone I volle che una stipulazione così concepita non fosse inutile in materia di dote, e Giustiniano (come avvertono i compilatori delle sue Istituzioni) le accordò validità in qualunque materia (*Instit., loc. cit.; cost.* 25. *Cod. de testam.*, VI, 23). L'obbligazione fu riconosciuta valida, sebbene concepita, in quella forma irregolare, ma l'esecuzione della medesima, non potè essere richiesta se non dopo il verificarsi della condizione; quindi nel-

l'esempio citato, finchè la nave non fosse tornata dall'Asia, non avrebbesi avuto facoltà di esigere il promesso. E questo basti, intorno alle regole sulla validità delle stipulazioni; noi possiamo passarci dal riferire i molti principii in proposito, contenuti in special modo nelle Istituzioni (Lib. III, tit. 19, *de inutilibus stipulationibus*), perocchè quei principii essendo comuni alle obbligazioni tutte, più presto che speciali alle obbligazioni che si contraggono *verbis*, già li abbiamo dichiarati nello esporre i requisiti delle convenzioni in generale (vedi sopra, § 262, e seguenti).

§ 317. La stipulazione, quale è stata fin qui per noi descritta, andò a poco a poco perdendo i suoi pristini caratteri. Già l'Imperatore Leone aveva reso inutile l'uso di parole solenni, di formule sacramentali, ordinando che la stipulazione dovesse riuscire efficace, *etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscumque verbis*, fosse stato espresso il consenso delle parti (*cost.* 10, *Cod. de contr. stip.*, VIII, 38), quando Giustiniano le arrecò una modificazione anco più importante. Prima di quest'imperatore, era invalso l'uso di redigere in iscritto degli istrumenti (*instrumenta*), contenenti la descrizione di tutto quanto le parti avevano fra loro stipulato, istrumenti cui la consuetudine voleva accordata forza probatoria (PAOLO, V, 7, 2), e che erano così una garanzia (*cautio*) per lo stipulante, che il promittente non avrebbe impugnato la sua promessa, od i termini della medesima. Giustiniano accrebbe l'importanza di siffatti istrumenti, e sminuì quella della stipulazione, statuendo che tali istrumenti dovessero aver piena fede, tanto che quegli il quale li produceva fosse esonerato dall'obbligo di provare le circostanze della stipulazione, l'adempimento delle condizioni richieste alla validità della medesima: e fra queste specialmente la presenza delle parti. Tutte le dichiarazioni e menzioni contenute nell'*instrumentum* ebbero d'allora in poi a ritenersi per vere, fino a prova evidentissima in contrario, da fornirsi con altro istrumento o per via di testimoni fededegni (*cost.* 14, *Cod. de contrah. et committ. stip.*, VIII, 38). Siccome bastò, che le parti avessero fatto registrare nell'*instrumentum*, essere state osservate le formalità della *stipulatio*, affinchè le medesime si ritenessero come osservate, così evidentemente esse vennero a scapitare in importanza; ma a vero dire, riconosciute inutili affatto non furono, che dopo Giustiniano (*Nov. Leon.* 72; *Interpret. ad Paul. Sent.*, V, 7, 2).

§ 318. La stipulazione in origine fu adoperata per farsi promettere una somma certa di danaro contante (*pecunia certa*), e poi una quantità *determinata* di cose fungibili di valore *certo*, o una *species* individualmente *determinata*, cose tutte che progressivamente furono considerate come un *certum* (fr. 74 e 75, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr, 6, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1); venne poi tempo, che anche un *incertum*, e perfino la promessa di un *facere* potè essere obietto di stipulazione; ma infrequente fu l' uso di stipulare un *incertum;* e quando ciò si faceva, solevasi esigere dal promittente, che si obbligasse a pagare una penale (*stipulatio pœnæ*) fissata in una somma di danaro contante, (*pecunia certa*), che rappresentava l' interesse dello stipulante all' esecuzione della promessa. Qui non si arrestò l' estensione dell' uso della *stipulatio:* essa servì non solamente a dare efficacia civile alla promessa di una somma di danaro (*certa pecunia*), o di un altro *certum:* fu adoperata eziandio qual mezzo generale per dare carattere, ed efficacia civile a qualunque convenzione; più di frequente fu una forma con la quale si rivestirono tutte le convenzioni, che non essendo ancora riconosciute dal diritto, non avrebbero prodotto obbligazione, nè azione civile; ma fu usata ancora ad aggiungere precisione e sicurezza all' esecuzione di convenzioni, che efficacia civile avrebbero avuto (fr. 3, § 1, *de act. emti*, XIX, 1; fr. 4, *Dig. de usuris*, XXII, 1), od a trasformare (*novare*) per qualche motivo speciale, una convenzione in un' altra (*Instit.*, § 2, *quibus mod. oblig. toll.*, III, 29), non che ad aggiungere ad un contratto, qualche convenzione accessoria, p. e., una clausula penale, o il patto delle usure. Pare a prima vista, che la *stipulatio* come forma *unilaterale* di obbligarsi, non potesse essere applicabile alle convenzioni bilaterali, o sinallagmatiche (*ultro citroque obligatio*), ma la verità, è che fu adoperata anche per queste; se non che allora invece di una *stipulatio*, se ne facevano due correspettive, in guisa, che la persona la quale rivestiva la qualità promittente nell' una, rivestisse la qualità di stipulante nell' altra, e viceversa.

§ 319. Dalla stipulazione nasceva in diritto Romano un' *actio ex stipulatu*, la quale quando obietto della *stipulatio* era una *certa pecunia*, chiamavasi *condictio certi*, e quando un altro *certum*, chiamavasi *condictio triticaria*. L' obbligazione che derivava dalla stipulazione era *stricti juris*, ove fosse stato stipulato un *certum*,

ed era per l'opposito *bonæ fidei*, ove fosse stato stipulato un *incertum*.

§ 320. Nelle nostre Fonti (*Instit.*, lib. III, tit. 18, *de divisione stipulationum;* fr. 5. *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1), occorrono più distinzioni delle stipulazioni, delle quali è questo luogo opportuno ad istituire un esame. La principale fra queste distinzioni, è quella di stipulazioni *convenzionali* e *non convenzionali.* Le *convenzionali,* come l'indica il nome, erano quelle che derivavano da convenzione dei contraenti, vale a dire senza ordine, nè del giudice, nè del pretore, ma per accordo delle parti; e queste erano di tante specie, quante le convenzioni possibili fra le parti (*Instit.*, § 3, *de div. stip.*, III, 18). Le *non convenzionali,* cioè quelle ordinate dall'autorità, e dette *cautiones,* erano: *pretorie, giudiciali, comuni* (fr. 5, *Dig. de verb. oblig.*, XLI, 1).

1° *Pretorie* erano quelle fatte alla presenza del pretore, per suo comando od opprovazione, e dietro una sommaria cognizione, che egli prendeva dell'affare, senza rinviare le parti dinanzi al giudice. Esempi di stipulazioni pretorie sono: la *cautio damni infecti*, e l'altra *legatorum nomine*, (fr. 5, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 1, § 2, *Dig. de stip. præt.*, XLVI, 5). Della *cautio damni infecti* fu altrove detto qualche parola[1] (vedi vol. I, lib. II, § 74, *lett. b,* n. 7): aggiungiamo qui la ragione per la quale veniva imposta siffatta *cautio.* Fintantochè il danno non si verificava (*damnum infectum*) contro il proprietario dell'edifizio minacciante rovina, non aveva azione il proprietario limitrofo, che temeva danno dalla rovina: se poi l'edifizio fosse rovinato, mediante l'*abbandono noxale* dei materiali, il proprietario si sarebbe potuto sottrarre a qualunque responsabilità: *si modo omnia quæ jaceant, pro derelicto habeat* (fr. 6, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 2). Volendo dunque garantirsi in modo efficace dal danno della rovina, faceva di mestieri ottenere la *cautio* in discorso, per la quale il proprietario dell'edifizio rovinoso, prometteva di pagare i danni e gli interessi, ove non avesse fatto i restauri necessari ad impe-

[1] Per l'articolo 699 del Codice nostro, chi ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edifizio, da un albero, o da altro oggetto sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od oggetto da lui posseduto, ha diritto di denunziare il fatto al giudice, e di ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo, o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili. Su questa materia vedi il Codice di procedura civile, art. 938 a 940.

dire la rovina (fr. 1, § 7, *Dig. de stip. præt.*, XLVI, 5; fr. 7, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 2). Siffatta *cautio* si esigeva sempre per un tempo determinato, scorso il quale e perdurando il pericolo, ottenevasene il rinnuovamento (fr. 13, § 13, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 2). Il legatario, che dal defunto era stato onorato di un legato sotto *condizione sospensiva*, od a termine (*sub conditione*, o *in diem*), poteva convenire l'erede dinanzi al pretore, affinchè questi lo costringesse a prestare la cauzione di satisfare al legato, tostochè si fosse o verificata la condizione, o giunto il termine (*Dig. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*, XXXVI, 3; *Cod. ut in possessionem legatorum, vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, et quando satisdari debeat*, VI, 54); così evitavasi il caso che l'erede disperdesse le cose ereditarie, o divenuto insolvente, frustrasse i diritti dei legatari. Qualora l'erede si fosse ricusato a questa *cautio*, il legatario era immesso nel possesso delle cose ereditarie: *ut tædio perpetuæ custodiæ, extorqueat heredi cautionem* (fr. 5, *Dig. ut in poss.*, XXXVI, 4).

2° *Giudiciali* erano le stipulazioni fatte alla presenza del giudice, e per sua ingiunzione; verbigrazia la *cautio de dolo*, e quella *de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio* (fr. 69, § 5, *Dig. de legat.*, I, 30). Allorquando il pretore aveva rinviato le parti dinanzi al giudice, perchè questi decidesse la controversia a norma dei principii di diritto, che egli aveva dichiarato nella formula, il giudice decideva eziandio su tutti gli incidenti, che potevano emergere nella questione. Laonde allorchè disputavasi sul dominio di una cosa, ritenuta dal reo convenuto, e questi per sfuggire alla condanna pecuniaria, consentiva a restituire l'oggetto litigioso, l'attore per guarentirsi che quell'oggetto non fosse stato corrotto o guastato nascostamente, in modo da renderglielo inutile o poco proficuo, (come se al servo reclamato fosse stato propinato un lento veleno, che ne avrebbe poi cagionato la morte), poteva chiedere, ed il giudice ordinare, che il detentore stipulasse la *cautio de dolo*, cioè guarentisse mediante stipulazione, che egli avrebbe restituito la cosa senza danno, e corruzione (*ne forte deterior res sit facta*; fr. 20; fr. 21; fr. 45, *Dig. de rei vindicat.*, VI, 1; fr. 15, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 9, § 7, *Dig. quod metus caussa*, IV, 2; fr. 7, § 3, *Dig. de dolo malo*, IV, 3). Se il reo convenuto, per quanto pronto a restituire

il servo, era nell' impossibilità di farlo, perchè senza sua colpa quel servo fosse fuggito, poteva l' attore chiedere ed il giudice ordinare, che prestasse la *cautio de servo persequendo, restituendove pretio*, cauzione che tornava utile all' attore, nell' ipotesi che durante il giudizio, il reo convenuto avesse compiuto l' usucapione del servo, e per conseguenza a lui solo fosse lecito perseguitarlo con l' azione reale nascente dal dominio. Il reo convenuto, per tale *cautio* si obbligava dunque, con una sola stipulazione a due cose.

1° ad un *facere*, cioè a perseguitare il servo, ed a renderlo all' attore.

2° ad un *prestare*, vale a dire a pagarne il prezzo a titolo di penale; nel caso in cui non eseguisse il fatto promesso (vedi Teofilo, *praraf., h. t.*; fr. 11, *Dig. de stip. præt.*, XLVI, 5). Altri esempi di stipulazioni giudiciarie possono riscontrarsi nei fr. 7 e 12, *Dig. si servitus vindicetur*, VIII, 5; fr. 16 *pr.*, e fr. 25, § 10; *Dig. fam. ercisc.*, X, 2.

3° *Comuni* erano le stipulazioni, che potevano essere ordinate tanto dal pretore, quanto dal giudice. Appartenevano a questa categoria, la stipulazione *rem pupilli salvam fore*, e quella *de rato* (*Instit.*, § 4, *de divis. stip.*, III, 18; fr. 5, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 1, § 3, *Dig. de stip. præt.*, XLVI, 5). Della *prima* fra queste stipulazioni trattammo in materia di tutela (vedi vol. I, lib. I, § 229, n. 2); è per altro necessario aggiungere ora, che questa stipulazione di ordinario veniva ordinata dal pretore; ma se in una causa pendente dinanzi al giudice, compariva il pupillo assistito da un tutore, che non avesse ancora prestato la cauzione *rem pupilli salvam fore*, il giudice sulla domanda dell' altra parte (cui interessando avere un legittimo contraditlore, contro il quale potesse eseguirsi efficacemente la sentenza, opponeva il difetto della *cautio* medesima, *cost.* 3, *Cod. de tut. vel curat.*, V, 42), astringeva il tutore a prestarla, quando altrimenti non fosse stato possibile procedere oltre in causa, (*si aliter hæc res expediri non potest.* (Teof., *Parafr., h. t.*). La seconda delle ricordate stipulazioni, quella cioè *de rato*, si esigeva da chi si presentava in giudizio (*procurator ad litem*) per interesse altrui (*dominus litis*). La sentenza proferita contro il *procurator*, non potendo venire opposta al *dominus litis*, si esigeva dal quel primo, che garantisse la ratifica del suo operato, per parte di questo secondo.

III. Contratti Litterali. [1]

(Literarum obligatio.)

(*Instit.,* lib. III, tit. 21, *de literarum obligatione. Cod.,* lib. IV, tit. 30 *de non numerata pecunia.* lib. V, tit. 15, *de dote cauta non numerata.* Gajo, *Comm.*, III, § 128-134.)

§ 321. I contratti litterali sono: *contratti unilaterali, che si fondano sulla solennità della scrittura, nel modo stesso che la stipulazione si fonda sulla solennità delle parole.* Trattandosi di *scrittura*, è importante cosa distinguere l'ufficio diverso, che può avere nei contratti; imperocchè possa essere talvolta *mezzo probatorio*; talaltra *condizione del consenso*, e perfino *causa* di obbligazione.

a) Serve di mezzo probatorio, quando è destinata a far fede di ciò che le parti convennero; ed è questa la funzione più comune della scrittura. Trattando della *stipulatio* dicemmo, che le parti solevano redigere per iscritto ciò che avevano verbalmente stipulato: allora il documento scritto (*instrumentum, cautio*) non dava origine all'obbligazione, essendochè questa preesisteva: serviva solamente a provarla. Una scrittura per esempio, destinata a constatare un debito, che taluno avesse contratto per danaro mutuatogli, (scrittura che i Romani appellavano *nomen arcarium*) in cui fosse indicata la vera causa per la quale taluno si chiamava debitore, non dava vita ad obbligazione; l'obbligazione derivava dal mutuo, dalla consegna del danaro estratto dallo scrigno, *ex arca* (onde *nomen arcarium*) del mutuante, e consegnato al mutuatario (Gajo, III, 131).

b) La scrittura può essere eziandio *condizione del consenso* delle parti: queste, verbigrazia, nel contratto di compra e vendita, possono apporre qual condizione alla perfezione del contratto la redazione in iscritto del medesimo; allora il vincolo obbligatorio non esiste, finchè la scrittura non è redatta; ma ancora in tal caso, causa della obbligazione, non è già la scrittura, sibbene il consenso; soltanto, il consenso è alligato ad una condizione, alla relazione in scritto della convenzione. E tanto è vero, che la

[1] Vedi la nota al § 280.

scrittura non è quì la causa giuridica dell'obbligazione, che se essa non facesse menzione del consenso delle parti, sulla cosa e sul prezzo, non esisterebbe compra e vendita.

c) Ma nel contratto litterale dei Romani, la scrittura non era mezzo probatorio, nè condizione del consenso, essa era invece la vera *causa dell' obbligazione*. Essendo essa stessa la scaturigine del vincolo obbligatorio, non conteneva menzione alcuna della causa del medesimo; unicamente perchè conteneva la menzione dell' obbligazione, questa esisteva, senza indagare la causa remota per cui taluno compariva debitore di un altro. Il fatto generatore del vincolo, era lo scritto, e solamente lo scritto. Ciò si verificava:

1° nei *Nomina transcriptitia,*

2° nei *Chirographa,*

3° nelle *Syngraphæ,*

1° *Nomina transcriptitia.*[1]

§ 322. Era costume, a Roma, che ciascun *paterfamilias* tenesse dei registri, o libri domestici, presso a poco come oggi

[1] Nella nota al § 280 di questo II volume abbiamo detto come nel sistema del Codice possano chiamarsi *Contratti Letterali* quelli che esigono la formalità della scrittura, o pubblica o privata, non soltanto qual mezzo probatorio, bensì a *pena di nullità*. Tali sono:

1° Per l' articolo 1314:

a) le convenzioni che trasferiscono proprietà di immobili o di altri beni, o diritti capaci d' ipoteca, salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato;

b) le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto;

c) gli atti di rinunzia ai diritti enunciati nelle due lettere precedenti;

d) i contratti di locazione di immobili per un tempo eccedente i *nove anni;*

e) i contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i *nove anni;*

f) gli atti che costituiscono rendite sì perpetue come vitalizie.

g) le transazioni

2) Per l' articolo 1382, i contratti matrimoniali debbono essere stipulati per *atto pubblico,* prima del matrimonio. Per l' articolo 1383 le mutazioni nei contratti matrimoniali che occorressero prima del matrimonio, debbono esser fatte per atto *pubblico.*

3) Per l' articolo 1443 *per atto pubblico* deve farsi la convenzione per la quale si ristabilisce la comunione dei beni fra i coniugi, che fosse stata sciolta.

4) Per l' articolo 1831, capoverso 2°, l' interesse convenzionale, eccedente la misura legale deve resultare *da atto scritto,* altrimenti non è dovuto alcuno interesse.

5) Per l' articolo 1880 il pegno, che eccede le lire 500, non dà vita a privilegio se non è costituito per atto pubblico o per scrittura privata.

6) Per l' articolo 1978 l' ipoteca convenzionale deve costituirsi per atto pubblico o per iscrittura privata.

7) Per l' articolo 1056 tutti gli atti di donazione debbono essere fatti per *atto pubblico*, altrimenti sono nulli.

Del resto i contratti letterali dei Romani sono ignoti a noi. Relativa-

giorno i nostri mercanti tengono i loro libri di commercio (Cic., *In Verrem*, II, 1, 23, *Pro Roscio Amer.*, c. 3. *Pro Cœlio*, c. 7; *De Oratore*, II, 23). L'uno di questi libri, chiamato *adversaria*, era uno scartafaccio, sul quale venivano notate tutte le operazioni di cassa, vale a dire tutte le riscossioni ed i pagamenti di contanti, a mano a mano che venivano fatti. Ogni mese questo scartafaccio veniva spogliato, e le partite del medesimo erano riportate per ordine in altro libro, detto *codex accepti et expensi*, specie di libro di cassa, che serviva di prova pienissima, mentre lo scartafaccio non aveva valore probatorio (Cic., *Pro Roscio*, c. 3). Nel *codex*, una pagina era destinata all'*avere* (*expensum*), ed una pagina al *dare* (*acceptum*) (Plin., *Hist. nat.*, II, c. 7); l'*expensum* corrispondeva all'*avere*, perchè il *paterfamilias* vi segnava il danaro, che aveva sborsato, e di cui restava in *credito*: l'*acceptum* corrispondeva al *dare*, perchè il *paterfamilias* vi segnava il danaro ricevuto, e di cui restava in *debito*. Laonde, allorquando il *paterfamilias* riscuoteva, segnava il nome (*nomen*) della persona che aveva pagato, il danaro o la somma ricossa, all'*acceptum*, *acceptum ferebat*; ed allorquando pagava, o prestava il danaro, segnava il nome della persona cui lo sborsava, e la somma sborsata, all'*expensum expensum ferebat*. Avveniva di frequente che i nomi (*nomina*) di coloro coi quali il *paterfamilias* faceva affari di questo genere in contanti, fossero *trascritti* dalla pagina dell'*acceptum*, a quella dell'*expensum*, e viceversa: onde si dicevano *nomina transcriptitia*. E *nomen*, che in origine significava il nome della persona con la quale si facevano queste operazioni di cassa, significò in seguito più specialmente, il nome dei debitori, ossia i *crediti* del *paterfamilias*. Le iscrizioni e trascrizioni sul *codex*, servivano per lo più di mezzo di prova. Esempigrazia, se il nome di alcuno fosse stato scritto nella pagina dell'*expensum*, con la dichiarazione che ciò era stato fatto, perchè gli era stata accomodata a mutuo una somma, il *codex* constatava l'esistenza del mutuo; ma l'obbligazione non nasceva in tale emergenza dall'aver portato il nome del debitore all'*expensum*, ossia dalla *expensilatio*, sibbene dalla dazione della cosa a mutuo; la obbligazione in una parola era contratta *re*, non *literis*. La scrittura, che provava questo credito, sarebbe stata

mente alla scrittura considerata qual mezzo probatorio, vedi l'appendice II, § 3. in calce del I volume di quest'opera.

(l'abbiamo avvertito per incidenza poco sopra) un *nomen arcarium*, non sarebbe stata causa di obbligazione; il credito non avrebbe avuto efficacia civile *literis*, bensì *re* (Gajo, III, 131). Ma se all'opposto, *per ordine, o col consenso del debitore*, il *paterfamilias* scriveva nel suo *codex*, che costui gli doveva per esempio 1000 sesterzi, senza indicare a che titolo, senza dichiarare perchè: la sola iscrizione dava vita al vincolo obbligatorio. Come nella *stipulatio* bastava, che all'interrogazione *dari spondes?* fosse risposto *spondeo*, affinchè l'obbligazione nascesse, così nel contratto litterale bastava all'effetto stesso, l'*expensilatio* conforme all'ordine ricevuto da taluno di scrivere il suo nome alla colonna dell'*expensum*; e come nella *stipulatio* le parole, indipendentemente dalla ragione per la quale erano proferite, obbligavano, così nel contratto litterale obbligava la sola trascrizione del nome di taluno alla colonna dell'*expensum* (*expensilatio*): questa faceva nascere il vincolo obbligatorio. La scrittura, corrispondente all'ordine od al consenso, costituiva il contratto litterale, nel modo stesso che nella stipulazione la risposta corrispondente alla domanda, costituiva il contratto verbale. La trascrizione del nome di taluno alla colonna dell'*expensum*, ossia l'*expensilatio* in forza della quale costui diveniva debitore *literis*, poteva avvenire per due ragioni:

a) Taluno poteva avere avuto per lo innanzi un debito con un *paterfamilias*, o per averne ricevuto danaro a mutuo, o per non avergli pagato il prezzo di una cosa comprata, od il fitto di un edifizio condotto da lui. Prima che cotal debitore desse ordine al suo creditore di trascrivere il nome di lui, debitore, alla colonna dell'*expensum*, il debitore riconosceva come causa della sua obbligazione il contratto reale di mutuo, oppure il contratto consensuale di compra e vendita, o di locazione e conduzione, ed il *codex* era un mezzo probatorio di tali contratti; ma dopo che il debitore aveva consentito, o dato ordine al suo creditore, che iscrivesse il suo nome senza indicazione di causa, sul *codex* all'*expensum*, il suo debito si convertiva, mediante tale *expensilatio*, in una obbligazione litterale: il suo debito da una *causa reale* che aveva, assumeva una *causa personale;* onde siffatta trascrizione dicevasi avvenire *a re in personam*, perocchè non più dal fatto antecedente (*ex re*) derivava l'obbligazione, bensì dalla volontà del debitore (*ex persona*).

b) La *transcriptio* poteva avvenire ancora, *a persona in personam;* e questo era il secondo caso di trascrizione. Se taluno, p. e., Tizio, che era debitore di un *paterfamilias,* ma creditore di un terzo, (di Caio) conveniva col proprio creditore, che invece di scrivere all'*expensum,* il nome di lui (Tizio) vi transcrivesse il nome del terzo (Caio), il debito di Tizio, passava allora in testa di Caio: vi era *transcriptio a persona in personam* (GAJO, III, 128, 129, 130; GAJO, *In Brev. Alarician.,* lib. II, tit. 9, § 13; TEOFIL., *parafr. Instit.,* III, 21). In ambedue questi casi di trascrizione, ossia tanto nella *transcriptio a re in personam,* quanto in quella *a persona in personam,* l'*expensilatio,* fatta per ordine e consenso del debitore obbligava, e l'obbligazione nasceva *literis.*

§ 323. L'esistenza dell'obbligazione litterale, dipendeva da due fatti:

a) l'*expensilatio* (il fatto materiale della trascrizione allo *expensum* del nome di taluno).

b) il consenso o l'ordine della persona, il cui nome era trascritto. Attalchè chi pretendeva esser creditore *literis,* doveva provare l'uno e l'altro di questi fatti. La materiale trascrizione si provava con la produzione del *codex accepti et expensi;* il consenso o l'ordine del debitore si poteva provare con qualunque mezzo, ma specialmente mediante testimoni, o mediante i sensali, *pararii,* intervenuti come intermediarii nell'affare (SENECA, *De Beneficiis,* lib. III, § 15), che per lo più si facevano assistere all'*expensilatio,* fatta dal *paterfamilias* alla presenza del debitore, presenza la quale tuttavolta sappiamo non essere stata indispensabile (GAJO, III, 138). Agevolmente poi si provava, ottenendo dal debitore la produzione del suo *codex,* sul quale egli doveva avere iscritto come *acceptum,* la somma pagatagli, e che sul *codex* del creditore figurava all'*expensum.* Il confronto dei due registri, se ambedue tenuti regolarmente e fedelmente, provava in modo incontestabile il fatto della convenzione conclusa *literis;* ed era obbligo rigoroso di ogni *paterfamilias,* tenere con la massima precisione ed esattezza il respettivo *codex,* tantochè si reputava disonorato, chi avesse disprezzato quel dovere morale e civile (CIC., *In Verrem,* II, 1, 23). Ma se con malvagio intendimento, il debitore non avesse trascritto sul suo registro, come *acceptum* il danaro ricevuto, era giuoco forza allora far ricorso agli altri mezzi probatorii. Stava al creditore provare che l'*expen-*

silatio era stata da lui eseguita, dietro l'ordine o il consenso nel debitore, appunto come nella *stipulatio* stava allo stipulante a provare, che il promittente aveva pronunziate le formule solenni di promessa (Cic., *Pro Roscio,* III, 3). Provata la materiale iscrizione, ed il consenso o l'ordine del debitore, era provata l'obbligazione senza bisogno di dimostrarne la ragione, salvo per altro al debitore il diritto, come nella stipulazione, di far valere specialmente l'*exceptio doli,* od ancora quella *metus causa,* se il consenso gli fosse stato carpito con inganno, od estorto per violenza (Val. Maxim., VIII, 2, 2).

§ 324. Era questione fra i giureconsulti Romani (lo attesta Gajo) se i *nomina transcriptitia* obbligassero i peregrini (Gajo, III, 133). Nerva opinava per la negativa, in qualunque caso; Sabino e Cassio sostenevano, che li obbligassero quando la *transcriptio* avveniva *a re in personam;* perocchè (dicevano essi) allora l'obbligazione aveva un fondamento naturale nella cosa già ricevuta: non così quando la *transcriptio* avveniva *a persona in personam,* conciossiachè l'obbligazione fosse allora puramente litterale, e perciò propria dei soli cittadini Romani. Ma tutti ammettevano, che il *nomen arcarium,* come quello che aveva per base un contratto di mutuo, obbligasse eziandio i peregrini (Gajo, III, 132).

§ 325. Oltre i *nomina transcriptia*, dipendenti dall'*expensilatio* sui registri del creditore, abbiamo detto che si conoscevano altre due forme di contratto litterale, proprie dei peregrini, cioè i chirografi e le singrafi (*chirographa*, *syngraphæ* Gajo, III, 134).

2° *Chirographa.*

Erano documenti scritti, firmati dal debitore, redatti in un solo esemplare, che stava in mano del creditore.

3° *Syngraphæ.*

Erano ugualmente documenti scritti, firmati tanto dal debitore quanto dal creditore, redatti in doppio esemplare per comodo di ambedue le parti, e per un solo fine ed effetto (Asconius, *In Verrem,* II, 1, § 36). La scrittura conteneva, come nei chirografi, così nelle singrafi, la confessione del debito, ma senza indicazione

della vera causa del medesimo: la sola causa giuridica dell'obbligazione era adunque la scrittura (Gajo, III, 134).

§ 326. Fino dai tempi di Nerone (Asconius, *In Verrem*, II, 1, § 23) l'uso dei registri era diminuito; non era ancora cessato, vivente Gajo. Gli *argentarii*, banchieri dell'epoca, furono quelli che più lungamente lo conservarono in vita con i loro registri relativi alle loro operazioni pecuniarie, *mensæ scriptura* (fr. 4; fr. 5; fr. 9, § 2, *Dig. de edendo*, II, 13; fr. 47, § 1, *Dig. de pactis*, II, 14; Cic., *Pro Cæcina*, c. 6; Plin., *Hist. Nat.*, II, 7, 5) che era per costoro obbligo tenere (fr. 4, § 1; fr. 9, § 2; fr. 10, § 1 *Dig. de edendo*, II, 13) e che facevano prova dei debiti ivi notati contro gli argentarii medesimi, ed ancora contro altre persone: quando queste avessero concluso un qualche affare a mediazione di un *argentarius*, e l'avessero fatto notare nei suoi registri (Cic., *Pro Cæcina*, c. 6; Gell., XIV, 2; fr. 6, § 3; fr. 9, § 2; fr. 10 *pr.*, § 3, *Dig. de edendo*, II, 13; fr. 9 *pr.*, *Dig. de pactis*, II, 14; fr. 27, § 1, *Dig. de furtis*, XLVII, 2).

§ 327. Nell'epoca Giustinianea era sparita l'antica *obligatio literarum*, era surta per altro una nuova istituzione, che riempì la lacuna lasciata da quella, nella classica quadruplice divisione dei contratti. Narrammo poco sopra, come fosse invalso il costume di constatare le convenzioni verbali intervenute fra le parti, mediante istrumenti redatti in iscritto (*instrumenta, cautiones*, ed anche *chyrographa*) i quali servivano come mezzi di prova (fr. 4, *Dig. de fide instrum.*, XXII, 4; *cost.* 14, *Cod. eod.*, IV, 21), ma è da avvertire ora, che non si prestava tanto facilmente fede ai medesimi, quando erano intesi a constatare imprestiti di danaro; perocchè non sia raro che il bisognoso di danaro, prima che effettivamente gli venga contato, rilasci un atto, in cui confessa averlo ricevuto, e si obbliga a restituirlo; e ciò con lo scopo di trovare in questa guisa più facilmente e più sollecitamente chi glielo accomodi a prestanza. Per cotale riflesso fu ammesso, che al debitore fosse lecito impugnare con l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* la verità del mutuo, del quale faceva fede il documento rilasciato, e fosse imposto l'obbligo, al creditore di provare allora l'effettiva numerazione o il disborso del contante, (*cost.* 3 e 4, *Cod. de non num. pec.*, IV, 30). Inoltre fu autorizzato chi aveva rilasciato quel documento, senza avere ricevuto il contante, a ripetere il documento medesimo, con una *condictio sine*

causa, volgarmente chiamata *querela non numeratæ pecuniæ* (*cost.,* 7, 14, § 4, *Cod. h. t.,* IV, 30; cost. 4, *Cod. de condict. ex lege et sine causa,* IV, 9). Ma questa *querela* e quell'*exceptio,* dovevano essere sperimentate dentro un termine perentorio, che prima di Giustiniano era di cinque anni, e che dopo di lui fu di due anni (*cost. 14 pr., Cod. de non num. pec.,* IV, 30). Spirati i due anni, il documento faceva prova piena contro chi lo aveva firmato; e per disposizione di Giustiniano, non si ammetteva la prova della falsità del fatto, che il documento constatava (*cost.* 8, 10, 14, *Cod. h. t.,* IV, 30). Decorso quel *biennio,* il chirografo costituiva dunque un'obbligazione litterale, perchè il sottoscrittore era condannato per la sola esistenza del medesimo; laonde tal documento non era un mezzo probatorio, era una causa di obbligazione. Considerando siffatti documenti in quest' aspetto, Giustiniano desideroso di conservare la quadruplice distinzione dei contratti, cioè di contratti reali, verbali, litterali, e consensuali, in luogo dell'antica *obligatio literarum,* introdusse questa nuova di origine ben diversa (*Instit. de lit. oblig.,* III, 21). Se nonchè impropriamente questa nuova istituzione è detta contratto, ogni contratto esigendo il consenso dei paciscenti: più esattamente si potrà designare il rapporto giuridico che ne deriva, come un' *obbligazione nascente dalla scrittura.*

§ 328. L'obbligazione litterale, in Gius nuovo occorre in materie di mutuo, e di dote promessa ma non numerata.

Chi confessò per iscritto di aver ricevuto a mutuo una somma di danaro, od una quantità di cereali, se non ha avuto nulla, o se ha ricevuto meno del confessato, può durante *due* anni opporre l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* all' azione del mutuo, con la quale l'altra parte pretendesse costringerla a restituire quello e quanto confessò di aver ricevuto. Quest' *exceptio* spetta anche agli eredi, ai mallevadori, e perfino ai creditori del confitente (*cost.* 8, 12, 15, *Cod. h. t.,* IV, 30). [1] In conseguenza della medesima, il preteso mutuante deve provare la verità del mutuo (*pecuniam esse numeratam*), in difetto della qual prova è condannato (*cost.* 1, 2, 3, 9, 14, *Cod. h. t.,* IV, 30). Lice eziandìo al confitente, durante *due* anni, ripetere la restituzione del documento, (che contiene la sua confessione di debito) con la *condictio*

[1] Il Codice nostro non ammette quest' eccezione.

sine causa (*cost.* 7, *Cod. h. t.*, IV, 30; *cost.* 4, *Cod. de condict. ex lege et sine causa*, IV, 9). Ma spirati i due anni, (i quali pel minore cominciano a decorrere dal momento che ha raggiunto la maggiorità), il confitente è obbligato a pagare, sebbene non abbia ricevuto nulla, e possa provarlo. La ragione di questa sua obbligazione, non risiede già nell'avere egli ricevuto, sibbene nell'avere confessato per iscritto di dovere; laonde è obbligato *non re*, ma *literis* (*Instit. in f. de Oblig. lit.*, III, 21, *cost.* 8 *e* 14 *pr.*, *Cod. h. t.*, IV, 30). Non gli sarebbe lecito opporre l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, nè la *condictio sine causa*:

a) Quando confessato in iscritto di aver ricevuto a mutuo, posteriormente e separatamente, confermasse il fatto della numerazione del denaro, rinunziando all'*exceptio* in discorso, o con parole espresse, o tacitamente: come sarebbe col cominciare a fare qualche parziale pagamento (*cost.* 4 *e* 16, *Cod. h. t.*, IV, 30).

b) Quando il documento fosse fatto a favore degli *argentarii Nov.* 136, *c.* 5).

§ 329. Il conjuge, che confessò in un istrumento dotale, od in altro istrumento qualunque, di aver ricevuto una dote costituitagli, ma che effettivamente non gli venne contata, può respingere l'azione intentata, da chi nelle circostanze fissate dalla legge ha diritto di esigere la restituzione della dote, con l'*exceptio dotis cautæ, sed non numeratæ*. Tale eccezione spetta eziandio al suo erede. Lice ad ambedue ripetere il chirografo contenente quella confessione di dote, valendosi della *querela dotis non numeratæ*. Il marito ha diritto di valersi di quell'*exceptio* e di questa *querela*, durante *un anno*, se il matrimonio è durato *meno di due anni*, e durante *tre mesi*, se il matrimonio è durato *più di due anni, ma meno di dieci*. Decorsi questi termini, come pure se il matrimonio è durato *più di dieci anni*, il marito ed il suo erede, decadono da siffatto diritto, ed in essi è obbligo di restituire, sebbene manchi l'effettivo ricevimento.[1] Chi contrasse matrimonio essendo minore, ha *dodici anni* di tempo per esercitare il diritto in discorso; e se muore prima dello spirare dei medesimi, il suo erede *maggiore di età*, ha un *anno di tempo*, ed il suo erede *minore* ha *cinque anni*. Cotali termini cominciano a decorrere dal dì dello scioglimento del matrimonio (vedi il *Co-*

[1] Vedi in proposito l'art. 1414.

dice al lib. V, tit. 15, *de dote cauta non numerata* e la *Novella* 100).

IV. Contratti Consensuali.[1]

(*Obligationes quæ consensu contrahuntur.*)

(*Instit.,* lib. III, tit. 23, *De consensu obligatione.*)

§ 330. I contratti consensuali sono: *contratti la cui piena validità ed efficacia dipende dal solo consenso reciproco dei contraenti.* Tutti i contratti hanno senza meno, qual requisito essenziale, il consenso, ma nei contratti reali oltre il consenso, addimandasi la consegna della cosa; nei contratti verbali, le parole solenni, proferite dalle parti presenti; nei litterali, la scrittura: e finchè quella consegna non avvenne, quelle parole non furono pronunziate, quella scrittura non fu esarata, vincolo obbligatorio non sorge, contratto perfetto, valido, ed efficace non esiste. Per lo contrario alla perfezione dei contratti consensuali, *sufficit, eos, qui negotium gerunt, consentire* (*Instit.,* § 1 *h. t.,* III, 23; Gajo III, 136). Quattro furono i contratti consensuali, riconosciuti nell'epoca classica del diritto Romano: 1° la compra e vendita, 2° la locazione e conduzione, 3° la società, 4° il mandato. Zenone imperatore ne aggiunse un quinto, il contratto enfiteuticario. Delle costituzioni imperiali riconobbero forza obbligatoria ancora ad altre convenzioni, che si concludono mediante il solo consenso, ma queste essendo state ammesse quando già l'albo dei contratti era chiuso, non poterono esservi iscritte, e rimasero nella categorìa dei patti. I contratti consensuali derivano dal gius delle Genti, e perciò le parti sono vincolate fra loro *ex æquo et bono:* sono *bonæ fidei negotia* (*Instit.,* § 3, *h. t.,* III, 22); Gaio III, 137; fr. 2 *pr.,* § 1, 2, 3. *Dig. de oblig. et act.,* XLIV, 7.)

[1] Vedi la nota al § 280.

a) Compra e Vendita (*Emtio, Venditio*)

(*Instit.*, lib. III, tit. 23, *de emtione et venditione. Dig.*, lib. XVIII, tit. 1, *de contrahenda emtione*, lib. XIX, tit. 1 *de actionibus emti et venditi, Cod.*, lib. IV, tit. 38, *de contrahenda emtione et venditione*, tit 49, *de actione emti et venditi, Dig.*, lib. XXI, tit. 1, *de ædilitio edicto, et redhibitoria, et quanti minoris*; tit. 2° *de evictionibus et duplæ stipulatione. Cod.*, lib. IV, tit. 58, *de ædilitiis actionibus*, lib. VIII, tit. 45, *de evictionibus.*)

§ 331. Il contratto di compra e vendita è: *un contratto consensuale, pel quale una persona, che dicesi venditore, si obbliga a fare avere ad un altra, che dicesi compratore, una cosa, per una determinata somma di danaro, che quest' ultima si obbliga a pagarle* (*Instit. pr., de emt. et vend.*, III, 23; fr. 2, § 1, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1).[1] Il contratto di compra e vendita è un contratto bilaterale o sinallagmatico (*ultro citroque obligatio*); nascono cioè dal medesimo due obbligazioni reciproche (*alter, alteri obligatur*): per una parte (pel venditore, *venditor*) l' obbligazione di *fare avere* una cosa al compratore (*rem præstare habere, ut rem emtori habere liceat, rem licere habere, evictionem præstare*), per l'altra

[1] L'articolo 1447 definisce la vendita come: un contratto per cui taluno si obbliga a *dare una cosa*, e l'altro a pagarne il prezzo. Obbligarsi a *dare una cosa*, significa in generale ai termini dell' articolo 1219 obbligarsi a *consegnarla*, e *conservarla fino alla consegna*. Il creditore poi, dichiara l'articolo 1462, ha due obbligazioni principali: quella di *consegnare*, e quella di *garantire la cosa che vende*; e per l' articolo 1463 il venditore deve consegnare la cosa venduta in *potere* e *possesso* del compratore.

L' articolo 1447 non dice che il venditore si obbliga a *trasferire la proprietà* della cosa venduta, perchè pel Codice nostro la proprietà si trasferisce per effetto di convenzione senza bisogno di tradizione (art. 710 e art. 1125). La vendita è *perfetta fra le parti* e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione, nè sia pagato il prezzo. Pel Codice dunque, appena la vendita è perfetta, non soltanto nascono obbligazioni correspettive fra le parti; ma ancora la proprietà si trasferisce, bene inteso qualora la cosa venduta è individualmente determinata; e se essa apparteneva al venditore. Per diritto Romano invece la perfezione del contratto non portava seco la traslazione della proprietà; per tale traslazione era necessaria la tradizione e il pagamento del prezzo. Il Codice nostro ha in questa parte seguitato il diritto Francese, il quale probabilmente considerando come molte vendite si facessero col *constitutum possessorium*, finse che in ogni vendita fosse quella clausula aggiunta al contratto.

Del resto anche pel Codice nostro la vendita è un contratto consensuale, sinallagmatico perfetto, ed ha per requisiti consenso, cosa e prezzo.

Per la migliore intelligenza della definizione del contratto di vendita, data dal Codice, vedi la nota al § 338.

(del compratore, *emtor*) l'obbligazione di pagare il prezzo stabilito. E spetta a ciascuna delle parti un'azione, per ottenere dall'altra l'esecuzione della respettiva sua obbligazione. Il compratore ha a quest'effetto l'*actio emti* o *ex emto*, il venditore l'*actio venditi* o *ex vendito*, detta ancora *actio pretii* (*cost.* 7, *Cod. act. emt. vend.*, IV, 49). Ha facoltà di vendere e di comprare, chi ha capacità di alienare, di obbligarsi, e di acquistare.[1] Ma ai tutori, ai curatori, ai mandatari, ed ai pubblici amministratori, non lice comprare i beni dei quali hanno l'amministrazione (fr. 34, § 7, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; *cost.* 5, *Cod. eod*, IV, 38; fr. 5, § 2, 6, *Dig. de auct. tut.*, XXVI, 8; fr. 46, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1), nè ai pubblici ufficiali tanto civili quanto militari, comprare beni immobili nelle provincie, ove esercitano le loro funzioni (fr. 6, § 3, *Dig. de off. proc.*, 1, 16; fr. 62, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 9, *pr.*, *Dig. de re milit.*, XLIX, 16); ed alle persone *nobiliores* è proibito il traffico (*cost.* 3, *Cod. de comm., et mercat.*, IV, 63; *cost. un.*, *Cod. negot. ne milit.*, XII, 35).

§ 332. La compra e vendita, come contratto consensuale, si perfeziona mediante il consenso; e non si indaga il modo col quale è prestato, quando consta del medesimo (fr. 1, § 2; fr. 2, § 1, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1). Ma ove le parti avessero convenuto, doversi il contratto reputare perfetto dopo la sua redazione in iscritto, quella redazione diviene una condizione del

[1] Per l'articolo 1456 *possono comprare e vendere tutti coloro ai quali la legge non lo vieta;* al che vuolsi sottintendere, quando abbiano in genere la capacità di alienare, di acquistare e di obbligarsi.

L'articolo 1457 dispone: Non possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica, sotto pena di nullità del contratto, nè direttamente, nè per interposte persone: il genitore, dei beni dei figli sottoposti alla sua podestà; i tutori, i procuratori e i curatori, dei beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela o cura; i procuratori, dei beni che sono incaricati di vendere; gli amministratori, dei beni de' comuni e degli istituti pubblici affidati alla loro cura, salvo che, per particolari circostanze nell'atto che permette la vendita, siano autorizzati a concorrere agli incanti; i pubblici uffiziali, dei beni che si vendono sotto la loro autorità o mediante il loro intervento.

I giudici, gli uffiziali del pubblico ministero, i cancellieri, gli uscieri, gli avvocati, i procuratori o patrocinatori ed i notai non possono essere cessionari delle liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza della corte, del tribunale o della pretura di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese. Rimane eccettuato dalle disposizioni precedenti il caso in cui si tratti di azioni ereditarie fra i coeredi, o di cessioni in sodisfazione di crediti o per difesa di beni posseduti. Inoltre gli avvocati e procuratori non possono nè per loro, nè per interposta persona stabilire coi loro clienti alcun patto, nè fare coi medesimi contratto alcuno di vendita, donazione, permuta o altra simile sulle cose comprese nelle cause alle quali prestano il loro patrocinio, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese (art. 1458).

consenso, attalchè contratto non esiste prima della verificazione, di cotal condizione, sibbene semplice patto, (*cost.* 17, *Cod. de fide instrum.*, IV, 21).

§ 333. Astrazione fatta dalla capacità dei contraenti, estremi del contratto di compra e vendita sono: La *cosa*, il ***prezzo***, il *consenso*.

a) La Cosa (*Res*).

Possono essere vendute e comprate, tanto delle cose corporali, quanto delle incorporali, così delle cose singole, come una università di cose o di diritti. Esempigrazia, si può comprare e vendere, tanto un edifizio, quanto un diritto di servitù (fr. 80, § 1, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1) o un credito; così un cavallo, come una mandra, un peculio, od una eredità (*Dig.*, XVIII, 4 *e Cod.*, IV, 39, *de hereditate vel actione vendita*). Ma non già le cose *extra commercium*, come le *res divini juris*, gli uomini liberi (fr. 4, 5, 6, *pr.*, fr. 34, § 2; fr. 62, § 1, *de contr. emt.*, XVIII, 1. *Instit.*, § 4, *de emt. et vendit.*, III, 23), le cose pubbliche (fr. 62, § 1, *Dig. eod.*, XVIII, 1). Per preciso disposto di legge, sono inalienabili il fondo dotale, le cose furtive o litigiose (fr. 34, § 3, *Dig. eod.*, XVIII, 1, *cost.* 2 *e ult.*, *Cod. de litigiosis*, VIII, 37), le cose nocive e pericolose, come i veleni, le armi da guerra ec. (*cost.* 2, *Cod. quæ res exportari non debeant*, IV, 41; fr. 35, § 2, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1). La compra e vendita di queste cose eccettuate, è nulla, sia che il venditore ed il compratore ignorassero di non potere respettivamente venderle e comprarle, sia che ambedue lo sapessero (*Instit.*, § 5, *de emt. et vendit.*, III, 23; fr. 70, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1). Ma ove il compratore fosse stato in buona fede, ed in cattiva fede il venditore, quegli avrebbe diritto di ottenere da questo un'indennità, sperimentando l'*actio emti* (*Instit.*, § 5, *de emt. et vendit.*, III, 23; fr. 4, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1). Queste regole valgono eziandio per la compra e vendita di una cosa certa e determinata, che più non esistesse nel momento della conclusione del contratto: p. e. per la compra e vendita di un edifizio che il giorno del contratto era bruciato (fr. 57 *pr.*, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1). È lecito vendere ancora la *cosa altrui*: *rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est* (fr. 28, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1), essendochè il venditore

obbligandosi a fare avere la cosa al compratore (*ut rem emtori habere liceat, evictionem præstare*) possa soddisfare a quest' obbligazione, ancora per riguardo alla cosa altrui.[1] Ma per l' impossibilità del venditore di eseguire la sua obbligazione, e pel nessuno interesse del compratore a farla eseguire, è assolutamente nulla la compra della cosa propria del compratore, sia essa comprata scientemente o no. Comprata la cosa nostra, ignorando questa sua qualità, potremo ripetere il prezzo (fr. 16, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1). Valida tuttavolta sarebbe questa compra, se il nostro dominio fosse limitato da qualche *jus in re,* e con la compra lo volessimo fare illimitato (fr. 16, § 1 *e* fr. 34, § 4, *Dig. eod.*, XVIII, 1). È valida la compra e vendita di *cose future,*

[1] In diritto Romano la vendita dava vita soltanto a un rapporto obbligatorio; pel Codice è inoltre un contratto traslativo della proprietà. Il perchè, mentre in diritto Romano la vendita della cosa altrui era valida, per l'articolo 1459 del Codice invece, *la vendita della cosa altrui è nulla.*

Per altro aggiunge quell' articolo, che essa *può dar luogo al risarcimento dei danni*, se il compratore ignorava che la cosa era d' altri; ed è indubitato che il compratore di buona fede della cosa mobile altrui non rubata, nè smarrita, ne acquista subito la proprietà (art. 707) ed il compratore di cosa immobile l' acquista mediante le prescrizioni stabilite dagli articoli 2135 e 2137. Parrebbe dunque a prima giunta, che la nullità fulminata dall' articolo 1459 fosse più illusoria che reale. Ma ciò non è vero: quella nullità è *reale*, imperocchè il compratore venuto in cognizione che la cosa comprata non era proprietà di chi gliel ha venduta, può insorgere contro il contratto, e farlo dichiarare nullo, sebbene egli ancora non sia stato molestato dal vero proprietario, e tuttochè il venditore fosse stato di buona fede. In diritto Romano invece, la vendita della cosa altrui non essendo nulla, il compratore non avrebbe potuto ottenerne la risoluzione che *propter dolum venditoris* (*fr.* 30, § 1, *Dig. de act. emti*); e il compratore non avrebbe avuto ricorso in garanzia contro il venditore, finchè non avesse sofferto evizione, o almeno l' evizione non gli fosse minacciata. L' articolo 1459 dichiarando *nulla la vendita* della cosa altrui, veniva implicitamente ad ammettere che anche il venditore che fosse stato di buona fede, avrebbe potuto farla dichiarare tale. Ma per eliminare le questioni che la prova della sua buona fede poteva far nascere, il legislatore credè opportuno di dichiarare: « ivi » la nullità stabilita da questo articolo *non si può mai opporre dal venditore.* Benchè l' articolo 1459 dichiari *nulla* la vendita della *cosa altrui,* a questo principio il Codice fa più eccezioni (vedi gli articoli 39, 933, 1149, 1242, 1762, 1851).

Per l' articolo 1460 è dichiarata nulla la vendita dei diritti di successione di una persona vivente, ancorchè questa vi acconsenta; sulla quale nullità avendo altrove parlato, è inutile che torniamo a discorrere (vedi l' articolo 1118 e la nota al § 262 di questo II volume). L' articolo 1461, concorde col diritto Romano, dichiara nulla la vendita, se al tempo del contratto era intieramente perita la cosa venduta (vedi fr. 57, e 58, *Dig. de contrah. empt.*). Ma quest' articolo si allontana dal diritto Romano quando facendo il caso che della cosa venduta sia perita soltanto una parte, accorda *indistintamente* al compratore la scelta o di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale. Per diritto Romano invece, se la *metà* od *una minor parte* della cosa venduta era perita, il compratore *non poteva recedere* dal contratto, ma aveva diritto ad una diminuzione di prezzo proporzionata al deterioramento che la cosa aveva sofferto; se poi ne era perita la *maggior parte,* il compratore aveva la scelta di cui parla l' articolo 1461 (vedi fr. 57 pr.; e fr. 58, *Dig. de contrah. empt.*).

di cose cioè che ancora non esistono, ma l'esistenza avvenire delle quali è più o meno probabile; nonostante fa di mestieri distinguere su questo proposito, l'*emtio spei*, dall'*emtio rei speratæ*, ossia la compra della speranza, dalla compra della cosa sperata. Nella compra della speranza, è assolutamente incerto se la speranza si realizzerà. Chi compra, esempigrazia, da un cacciatore, un determinato trarre di reti, compra l'alea, la sorte; attalchè comunque le reti in quel tratto, rimangano vuote, deve pagare il prezzo pel quale lo comprò; e come il prodotto di quel trarre di reti poteva avanzare di gran lunga il prezzo sborsato, così può eziandio riuscire nullo; ma ad ambedue le eventualità deve il compratore sottostare, perchè appunto intese correre la sorte, la ventura, comprando (fr. 8, § 1, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 11, § 18, *in f.*; fr. 12, *Dig. de act. emti.*, XIX, 1; fr. 10, 11, 12, *Dig. de hered. et act. vend.*, XVIII, 4). La compra della *cosa sperata* ha effetto soltanto, quando la cosa sperata viene ad esistere; e se all'epoca designata non si realizza, non vi è obbligo pel compratore di pagare il prezzo stabilito. Verbigrazia ove Tizio avesse comprato il futuro raccolto, che, secondo le leggi naturali, è verosimile che sia per esistere, qualora non si realizzasse, il contratto non sortirebbe effetto (fr. 8 *pr.*; fr. 39, § 1; fr. 78, § 3, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1). Ma il venditore potrebbe essere obbligato ad indennizzare il compratore, se avesse saputo o potuto sapere che la cosa non esisterebbe (fr. 8 *pr.*; fr. 78, § 3, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 7, e 8, *Dig. de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4). Esempigrazia, se taluno vende il puledro, di cui la sua cavalla sarà per sgravarsi, sapendo che questa si è già sgravata, dovrebbe indennizzare il compratore. Spesso in pratica è difficile decidere, se le parti intesero a concludere un'*emtio spei*, od un'*emtio rei speratæ*; nel dubbio è da ritenere che intendessero a quest'ultima, talchè il compratore non sarà obbligato a pagare il prezzo se non quando la cosa esisterà, perchè di regola non vi è vendita senza cosa (fr. 8 *pr.*, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1, e fr. 7, *Dig. de hered. vel. act. vend.*, XVIII, 4. MÜHLEMBRÜCH, *Doctr. Pandect.*, § 392).

§ 334. *b*) Il prezzo deve *consistere*:

1° *in danaro;* così decise Giustiniano, a favore dei Proculejani, la questione che contro i Sabiniani agitavano, pretendendo questi ultimi che qualunque cosa avente valore potesse essere

data come prezzo (GAJO III, 141; *Instit.*, § 2, *de emt. et vendit.*, III, 23; fr. 1 § 1 e fr. 79, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 6, § 1 e 2; *Dig. de act. emti*, XIX, 1). In *gius* Nuovo senza prezzo (ripetiamolo) può esistere permuta, compra e vendita non mai. Ma ancora in gius Nuovo, se le parti fissarono da primo un prezzo in contanti, e poi stabilirono che fosse in facoltà del debitore dare una certa quantità di oggetti determinati di un valore equivalente a quel prezzo, esisterebbe compra e vendita: perchè solo il prezzo in contanti sarebbe dovuto, e gli altri oggetti sarebbero in *facultate solutionis* (fr. 2, § 1, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1, *cost.* 9, *Cod. de rescind. vendit.*, IV, 44). Qualora il compratore si fosse obbligato a pagare il valore di un oggetto vendutogli, parte in danaro, parte con altra prestazione: per esempio col riattare la cosa del venditore, secondo Pomponio esisterebbe compra e vendita (fr. 6, § 1, *Dig. de act. emt.*, XIX, 1). Comunemente si ritiene, che per decidere se in tal caso vi ha compra e vendita o no, si debba esaminare la intenzione delle parti, e quella seguitare. Tale intenzione può rilevarsi dal nome di cui si servirono nel qualificare il contratto, o dalla proporzione in cui sta il valore del danaro promesso, col valore delle altre prestazioni. Ove le parti avessero qualificato il contratto come compra e vendita, e il valore del danaro promesso superasse di gran lunga il valore delle altre prestazioni, dovrebbesi ritenere, che le parti volessero respettivamente vendere e comprare; se no, no.

2° Il prezzo deve essere vero (*pretium verum*), cioè fissato realmente e non in apparenza, perocchè *sine pretio nulla venditio est* (fr. 2, § 1; fr. 36, 38, *Dig. di contr. emt.*, XVIII, 1). Ove il prezzo fissato fosse stato poi, *ex intervallo*, rimesso o condonato, vendita esisterebbe, e quella remissione sarebbe una donazione successiva: a differenza dal caso in cui il prezzo fosse stato stabilito, ma senza l'intenzione respettivamente, di esigerlo e di pagarlo; (fr. 36, *de contrah. emt.*, XVIII, 1); in quest'ultimo caso, giusta il principio: *plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur*, dovrebbero applicarsi le regole della donazione, la quale può essere fatta eziandio tacitamente e indirettamente (*cost.* 9, *Cod. de contr. emt.*, IV, 38). Il prezzo per esser *vero*, non ha da riuscire derisorio: e tale sarebbe se fosse stato fissato in una somma meschina così, da fare ritenere necessariamente, che le parti lo avessero stabilito per ischerzo. Laonde la

vendita fatta, come è detto nelle Fonti nostre, *nummo uno* (*cost.* 37, *Cod. de donat.,* VIII, 54; fr. 46, *Dig. locati,* XIX, 2), vale a dire *pretio nugatorio,* è una donazione indiretta. Per un prezzo assai basso, ma non derisorio, la vendita è mista di donazione, ma valida qual vendita graziosa (fr. 38, *Dig. de contr. emt.,* XVIII, 1). Tal vendita, come quella per un prezzo simulato, non potrebbero venire adoperate ad eludere disposizioni legislative; laonde se fossero concluse fra marito e moglie durante il matrimonio, sarebbero nulle, e sarebbero rescindibili se intese a defraudare i creditori, od a ledere i diritti dei legittimari (fr. 7, *Dig. quæ in fraud. cred.,* XLII, 8, *Cod. de collationibus,* VI, 20, *Cod. de inoff. donat.,* III, 29).

3° Il prezzo deve essere *giusto* (*justum pretium*). Sebbene sia lecito alle parti, *quando non adoperino dolo malo,* cercare di avvantaggiare le loro condizioni nel fissare il prezzo della compra e vendita (fr. 16, § 4, *Dig. de minor.*, IV, 4; fr. 22, § 3, *Dig. locati,* XIX, 2) una grande sproporzione fra il prezzo ed il valore della cosa, sproporzione che superi la metà (*ultra dimidium*), autorizza ad ottenere la rescissione del contratto pel capo della *lesione* (*cost.* 2, *Cod. de rescind. vendit.,* IV, 44); lo vedremo fra un istante.

4° Il prezzo finalmente deve essere certo (*certum pretium*), cioè determinato in un modo assoluto, o almeno determinabile per relazione (fr. 35, § 1, *Dig. de contrah. emt.,* XVIII, 1, *cost.* 13, *Cod. eod.,* IV, 38); determinato in un modo assoluto per esempio, se fu detto: il prezzo sia cento scudi di oro, *centum aureos;* determinabile per relazione, per esempio, se fu detto: il prezzo sia quello, pel quale il venditore comprò la cosa, che ora vende (*quanti tu eum emisti*); oppure: prezzo sia tutto il danaro, che il compratore ha nel suo scrigno: (*quantum pretii in arca habeo* (fr. 7, § 1 e 2, *Dig. de contr. emt.,* XVIII, 1). Mancherebbe la certezza del prezzo, se la fissazione del suo ammontare fosse rilasciata all'arbitrio dell'una delle parti: p. e., *quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emtum,* fr. 35, § 1, *Dig. de contr. emt.,* XVIII, 1). Lo stesso ripetasi, se quella fissazione fosse rilasciata all'arbitrio di un terzo, senza designare precisamente di chi: *generaliter alieno arbitrio,* (fr. 25 *pr., locati,* XIX, 2). Era controverso fra le antiche scuole dei giureconsulti, come si rileva da Gajo (III, 140), se il prezzo fosse certo, quando la determina-

zione del medesimo fosse stata rilasciata all'arbitrio di una *persona determinata; quanti Titius rem æstimaverit*. Labeone sosteneva la negativa (*ullam vim hoc negotium habere*), e Cassio parimente; Ofilio, la cui opinione fu adottata da Proculo, sosteneva invece l'affermativa, e Giustiniano consacrò quest'opinione sua (*Instit.*, § 1, *de emt. et vendit.*, III, 23, *cost.* 15, *Cod. de contr. emt.*, IV, 38). Sennonchè dispose, che ove il terzo designato non avesse voluto o potuto fissare il prezzo, la vendita avesse a ritenersi come nulla per mancanza di prezzo. È dunque una vendita condizionale, e la condizione risiede nella fissazione, che il terzo faccia del prezzo. [1]

c) CONSENSO (*Consensus*).

§ 335. Perchè contratto consensuale, la compra e vendita è perfetta appena esiste consenso sulla cosa e sul prezzo; la tradizione della cosa, le parole, la scrittura non si richiedono a perfezionarla: attalchè può esser conclusa per interposta persona, o per lettera, eziandio fra assenti (*Instit. pr.*, *de emt. et vendit.*, III, 23, GAJO, III, 139; fr. 1, § 2, *de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 2, e fr. 48; *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7). Questa regola va sottoposta a due limitazioni:

[1] Tutti questi principii relativamente al prezzo, propri del diritto Romano, sono applicabili ancora di fronte al Codice nostro.

L'articolo 1454 dichiara, conformemente al diritto Romano, che il prezzo della vendita deve essere *determinato* e *specificato* dalle parti. E d'accordo col diritto Romano aggiunge, che può per altro rimettersi all'*arbitrio di un terzo scelto dalle parti* nell'atto della vendita (*cost.* 15, *Cod. de contrah. empt.*). Ma ammette di più che possa pattuirsi, che la scelta sia *fatta posteriormente* d'accordo dalle parti, purchè siasi espresso nella convenzione che non concordando le parti, la scelta venga fatta dal pretore o dal conciliatore del luogo del contratto, o del domicilio della residenza di una delle parti. In tal caso nel diritto Romano non ci sarebbe stata vendita (vedi MOLITOR. *Della vendita*, § 397 e 398).

L'articolo 1454 prosegue a dire, che se la persona scelta nell'atto non vuole o non può fare la dichiarazione del prezzo, la vendita è nulla; (e concorda con il diritto romano, come si può argomentare dal fr. 25, *Dig. locati*, dal fr. 44, *Dig. de verb. obbligat.* e dalle *Istit.*, § 1, *de empt. et vendit.*)

L'articolo 1454, che esaminiamo, finisce col dichiarare essere altresì lecito pattuire che il prezzo sia quello resultante da una certa e determinata mercuriale. Per l'articolo 1455 le spese degli atti, e le altre accessorie alla vendita sono a carico del compratore, salve le particolari convenzioni.

È notevole che l'articolo 1454 non autorizza ad impugnare la dichiarazione del prezzo fatta dall'arbitro, quando essa fosse evidentemente contraria all'equità, mentre in tema di società, in caso analogo, quest'autorizzazione viene data (vedi art. 1718). Pare dunque che il legislatore in questo caso la neghi; forse in vista delle considerazioni che si leggono nel fr. 22, § 3, *Dig. locati conducti* « ivi » *in emendo et vendendo concessum est quod minoris sit, pluris vendere; quod pluris sit, minoris vendere; et ita invicem se circumscribere.*

a) Allorquando fu espressamente stabilito, che il contratto avesse da redigersi in iscritto, e la scrittura fu convenuta, più presto che come mezzo probatorio, qual compimento dell'atto, e qual condizione del consenso: allora, finchè la scrittura non è esarata, il contratto non è perfetto (*Instit. pr., de emt. et vendit.*, III, 23, *cost.* 17, *Cod. de fide instrum.*, IV, 21), ma ciò non ha da presumersi, e nel dubbio deve ritenersi voluta qual mezzo probatorio.

b) Allorquando le cose, che è consuetudine di gustare prima di comprarle, sono state vendute *ad gustum*, il contratto non è perfetto finchè il compratore non le ha gustate, e dichiarate di sua soddisfazione (fr. 34, § 5, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 4 *pr.*, § 1, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6).[1]

[1] L'articolo 1452 dispone: quanto al vino, all'olio ed alle altre cose delle quali *si suole* fare l'assaggio *prima della compra*, non vi è *contratto di vendita* finchè il compratore *non le ha assaggiate* e *riconosciute* della *qualità pattuita*. Tale articolo dichiara non esistere *contratto di vendita*, cioè non esistere quel contratto sinallagmatico che costituisce la vendita, e che opera la translazione della proprietà delle cose vendute nel compratore. Laonde chi convenne di comprare, se assaggiate le cose non le riconosce *della qualità pattuita*, è sciolto da qualunque impegno: e fino all'assaggio ed al riconoscimento, dette cose rimangono in proprietà di chi consentì a venderle, ed a suo rischio e pericolo; appunto come per diritto Romano (vedi fr. 4 pr., e § 1, *Dig. de peric. et commod.*)
Il successivo articolo 1453 dichiara che la vendita *col patto* di *precedente assaggio si presume* sempre fatta con *condizione sospensiva*.
Quest'articolo, a nostro credere, non è relativo, come il precedente, a cose delle quali *si suole* fare l'assaggio *prima della compra*, bensì a cose diverse, e nella compra e vendita delle quali il *precedente assaggio* è conseguenza soltanto *di un patto*.
Or bene relativamente alla compra e vendita di quest'ultime cose, il Codice *presume* che sia sempre conchiusa sotto condizione *sospensiva*; forse perchè d'ordinario le parti comprano e vendono dette cose, con l'intendimento di tenere in sospeso la vendita fino all'assaggio. Ma se si potesse provare che l'intendimento delle parti non fu di tenere in sospeso il contratto, bensì di concludere una compra e vendita pura e semplice, ma *risolubile*: questa prova dovrebbe prevalere alla presunzione che l'articolo in esame stabilisce. Più saviamente, a mente nostra, il Diritto Romano non fissava su tal proposito presunzioni (vedi il fr. 20, § 1, *Dig. de prescript. verb.*) e rimetteva alle espressioni delle quali si erano serviti i contraenti il decidere se la compra e vendita doveva aversi come tenuta in sospeso fino all'assaggio (come nel § 4, *Instit., de empt. et vendit.*) o se invece doveva aversi per pura e semplice, ma risolubile in seguito dell'assaggio (come nel fr. 3, *Dig. de contrah. empt.*)
Laonde quanto alle cose contemplate dall'articolo 1452 per espresso disposto di legge, prima dell'assaggio non vi è contratto di vendita; potrà esistere una convenzione di vendere e respettivamente di comprare: (convenzione che impedirà a chi convenne di vendere a taluno, di vendere ad altri; e che obbligherà chi convenne di comprare, ad assaggiare la cosa: ed anche a comprarla se in essa *i periti* riconoscessero le *qualità pattuite;* ma questa convenzione sia pure sinallagmatica non è il contratto di vendita; fa soltanto nascere l'obbligo di concluderlo quando la cosa abbia le qualità pattuite.
Relativamente poi alle cose contemplate dall'artico 1453, prima dell'assaggio esiste una vendita, ma il Codice la presume fatta sotto condizione sospensiva. Verificatasi la condizione, non vi è bisogno di devenire ad un contratto

§ 336. Il consenso in questo contratto, come in ogni altro, deve essere *libero*, vale a dire non estorto per violenza od inganno (*cost.* 11, 14, *Cod. de contrah. emt.*; IV, 38). Tuttavolta troviamo ancora nel diritto Romano dei germi delle *compre e vendite coatte*, o *espropriazioni per utilità pubblica* (fr. 14, § 1, *Dig. quemad. servit. amitt.*, VIII, 6; fr. 1, § 25, *Dig. ne quid in loco publico fiat.*, XLIII, 8), previa una conveniente indennità, (fr. 13, § 1, *Dig. communia prædiorum*, VIII, 4), vendite coatte, che il diritto Romano estende eziandio alle cose mobili (*Cod. ut nemini liceat in emptione specierum se excusare*, X, 27). Ma sulle espropriazioni di beni immobili per causa di pubblica utilità, molto più esplicite e diffuse sono le odierne legislazioni.[1] La compra e vendita conclusa sotto l'impressione del timore, può essere rescissa (*cost.* 1, *Cod. de rescind. vendit.*, IV, 44; fr. 9, § 3, *Dig. quod metus causa*, IV, 2; fr. 116, *Dig. de regulis juris*, L, 17), e quella conclusa per dolo, può, secondo i casi, essere dichiarata nulla (fr. 9, § 2; fr. 41 *pr.*, § 1, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 11, § 5, *Dig. de act. emti*, XIX, 1), o ridotta ai termini di giustizia con l'emenda del danno (fr. 6, § 1, 2; fr. 14; fr. 45, *Dig. eod.*, XVIII, 1; fr. 13, § 4 e 5; fr. 32, *Dig. de act. emti*, XIX, 1) *vedi sopra*, § 266, *lett. b.*).

§ 337. Dopo i requisiti del contratto di compra e vendita, è da dire dei suoi

Effetti.

Questi sono relativi: 1° al *pericolo* ed al *comodo* della cosa; 2° agli *obblighi* del *venditore*; 3° agli *obblighi* del compratore.

1°) *Pericolo* e *comodo*. Appena il contratto è perfezionato, il pericolo (*periculum*) ed il comodo (*commodum*) della cosa venduta passano nel compratore (*Instit.*, § 3, *de emt. et vendit.*, III, 23; fr. 34, § 6, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 1 *pr.*, fr. 8 *pr.*, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6, *cost.* 1, 4, 6, *Cod. eod.*, IV, 48).

Sono eccezioni a questo principio generale, le tre seguenti:

a) Quando delle cose fungibili sono state *vendute a misura*,

di vendita perocchè la condizione retroagisce (art. 1170). Concludendo, per la vendita delle cose contemplate dall'articolo 1452, il Codice stabilisce la *regola* che *non vi è vendita* prima dell'assaggio; per le cose contemplate nell'articolo 1453, stabilisce la *presunzione* che prima dell'assaggio la vendita sia sotto *condizione sospensiva*.

[1] Vedi la legge del 25 giugno 1865 (n. 2339 della Raccolta officiale.)

od a *numero*, o *peso*, sono a rischio e pericolo del venditore finchè non sono state misurate, o pesate, o numerate, perchè prima, l'obietto del contratto non è per anco individualmente determinato (fr. 35, § 5, 7, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1, *cost.* 2, *Cod. eod.*, IV, 48). Se invece furono vendute in monte (*per aversionem*), sono a rischio e pericolo del compratore, fin dal momento in cui la vendita è perfetta, essendo in tal caso determinato l'obietto del contratto (fr. 35, § 5, *de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 1, § 1; fr. 4, § 1, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6, *cost.* 2, *Cod. eod.*, IV, 48).[1]

b) Quando la compra e vendita è stata fatta sotto condizione, il contratto pende, e non diviene perfetto, se non che al verificarsi della condizione. Se dunque, nel momento in cui la condizione si verifica, la cosa più non esiste, il contratto non può aver luogo, non si può esigere il prezzo: attalchè la distruzione totale della cosa così venduta è a carico del venditore. Avviene insomma, lo stesso di quello che accade in una compra e vendita pura e semplice di una cosa, che nel momento del contratto più non esiste. Il *deterioramento* della cosa venduta, che avviene nell'intervallo fra il contratto e la verificazione della condizione, ricade invece sul compratore, imperocchè al verificarsi della condizione, la vendita si conferma, il venditore consegna la cosa nello stato in cui si trova senza sua colpa, ed ha diritto di esi-

[1] Con queste regole del diritto Romano concordano in sostanza gli articoli 1450 e 1451.

L' articolo 1450 è così concepito: quando si tratta di mercanzie non vendute in massa, ma a peso, numero, e misura, la vendita *non è perfetta*, in quanto che le cose stanno a rischio, a pericolo del venditore finchè non sono pesate, numerate, o misurate. Il compratore può però chiedere o la consegna delle mercanzie, o il risarcimento dei danni in caso d' inadempimento dell'obbligazione. - Osserveremo che quando il citato articolo dice che la *vendita non è perfetta*, vuole significare che tutti gli effetti della medesima non si verificano. Non si verifica infatti la traslazione della proprietà, perchè le cose vendute non sono determinate; e per conseguenza non passa a carico del compratore il *pericolo* delle medesime, nè a suo vantaggio il *comodo* di quelle. - Ma il vincolo obbligatorio esiste, perocchè il compratore possa esigere che il venditore pesi, conti, o misuri; ed il venditore possa esigere che in seguito del peso, della contazione, e della misura il compratore riceva la consegna delle cose vendute.

L'articolo 1451 soggiunge: Se al contrario le cose sono state vendute *in massa*, la vendita è *immediatamente perfetta*. Si intende fatta la vendita in massa, se le cose sono state vendute per *un solo e certo prezzo*, senza che siasi avuto riguardo al peso, al numero ed alla misura; ed anche quando vi si abbia riguardo, unicamente all'effetto di determinare la *quantità del prezzo* medesimo. - Laonde concluderemo noi, che la vendita è in massa od in monte allorchè concorrono queste due condizioni: 1° quando le cose sono vendute nel loro insieme, considerato come una unità; 2° quando sono vendute per un solo ed unico prezzo.

gere il prezzo stabilito (fr. 8 *pr.*, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6; fr. 7 *pr.*, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1).[1]

c) Quando due cose sono state vendute alternativamente, fino alla scelta sono a rischio e pericolo del venditore. Ma se periscono ambedue prima della scelta, quella che per caso fortuito perisce l'ultima, perisce pel compratore (fr. 34, § 6, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 95, *pr. Dig. de solut. et liberat.*, XLVI, 3). E di vero, finchè una delle due cose esiste, vi è possibilità pel debitore di eseguire l'obbligazione: e perita una delle cose, può dare l'altra superstite; la prima dunque perisce a suo carico. Ma la seconda perisce pel compratore, poichè per l'estinzione anche di questa, il venditore rimane liberato dall'obbligo di consegnare la cosa venduta, non potendo fare avere ciò che più non esiste, ed il compratore ha l'obbligo di pagare il prezzo fissato.

§ 338. 2) *Obblighi del venditore.*

a) Il venditore ha l'obbligo di consegnare la cosa al compratore, e di trasferirgliene la fisica disponibiltà, *vacuam possessionem tradere*, nel tempo e nel luogo stabiliti (fr. 11, § 2, *Dig. de act. emti*, XIX; 1; fr. 2, § 1, *Dig. eod*; fr. 51. *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2). La cosa deve essere consegnata con tutti i suoi accessori, e tutti i frutti naturali e civili percetti dopo la conclusione del contratto (fr. 47, 48, 49, 67, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 7 *pr.*, *Dig. de peric. et commod.*, XVIII, 6; fr. 13, § 10, 12, 13; fr. 17 *pr.*, § 2; fr. 48, 52 *pr.*, *Dig. de act. emti*, XIX, 1. *cost.* 13 e 16, *Cod. eod.*, IV, 49, *instit.*, § 3 *in fine*, *de emt. et vendit.*, III, 23).[2]

[1] Quanto alla *deteriorazione*, concorda l'art. 1163, capoverso 3°; quanto alla *perdita parziale* della cosa, vedi invece l'art. 1461 e la nota al § 333.

[2] Abbiamo detto che il venditore ha due obbligazioni principali, pel Codice nostro; quella di consegnare, e quella di garantire la cosa che vende (art. 1462). La tradizione, che fa carico al venditore, è, secondo l'articolo 1463, la consegna della cosa venduta, in *potere e possesso* del compratore.

Il possesso è un *potere fisico*, il dominio è un *potere giuridico*; ma del possesso fa esplicita menzione l'articolo 1463. dunque la parola *potere* che adopera o è un inutile pleonasmo o sta a significare il *dominio*, ossia il *potere* giuridico. Ma il dominio della cosa il compratore l'ha acquistato fin dal momento che la vendita fu perfetta (art. 1448); fin dal quel momento ha il diritto di possedere (l'*jus possidendi*): ciò che gli manca è il possesso (l'*jus possessionis*); la tradizione pone in suo possesso la cosa sulla quale ha già acquistato il dominio o *potere giuridico*; e per la tradizione la cosa viene ad essere nel suo potere giuridico e nel possesso. — Bisogna dunque intendere l'articolo 1463 in questo senso, che per la tradizione, che fa carico al venditore, la cosa passa nel possesso del compratore, e dal momento della medesima, egli ha i *poteri fisico* e *giuridico*, cioè *dominio e possesso*, o *potere e possesso*, come dice il Codice. Con quali modi la tradizione si compia l'abbiamo dichiarato nella nota al § 110 del lib. 2, vol. 1°.

La tradizione si deve fare nel luogo in cui la *cosa si trovava al momento*

b) Il venditore è responsabile anche della *culpa levis* (fr. 5, § 2, *Dig. commod.*, XIII, 6; fr. 3; fr. 14, § 1, *Dig. de peric. et com-*

della vendita, quando non si è diversamente pattuito. (art. 1468 col quale concorda il fr. 3 *in f.*, *Dig. de act. empt. et vendit.* relativo a cose fungibili.

Le spese della tradizione sono a carico del venditore, e quelle del trasporto a carico del compratore, se non vi è stata stipulazione in contrario (art. 1467).

Il venditore che non ha accordato dilazione al pagamento, non è tenuto a consegnare la cosa, se il compratore non ne paga il prezzo (concorda il fr. 13, § 8, *Dig. de act. empt. et vend.*) Egli non è tenuto alla consegna della cosa ancorchè avesse accordato una dilazione al pagamento, se dopo la vendita il compratore cade in stato di fallimento o di non solvenza, in guisa che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo, salvo che il compratore dia cauzione di pagare nel termine pattuito. (art. 1469, col quale concordano il fr. 18, § 1, *Dig. de peric. et commod.* il fr. 31, § 8, e fr. 57 *pr.*, *Dig. de ædilit. edicto.*)

La cosa deve consegnarsi nello stato in cui si trovava al tempo della vendita; e dal giorno della vendita tutti i frutti spettano al compratore (art. 1470, col quale concordano i fr. 7 e 8, *Dig. de peric. et commod*; fr. 13, § 10, *Dig. de act. empt. et vend.*, *cost.* 13 e 16, *Cod. eod. tit.*, fr. 10, *Dig. de regulis juris*).

L'obbligo di consegnare la cosa, comprende quello di consegnare i suoi accessorii, e tutto ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa (art. 1471 col quale concordano i fr. 13, § 10, *e seg.* fr. 14, 15, 16, 17, 18, 38, *Dig. de act. empt. et vend.*, *cost.* 13, *Cod. eod.*)

Il venditore è tenuto (per l'articolo 1472) alla consegna della cosa nella quantità che si è stipulata nel contratto, salve le modificazioni seguenti:

1° Se la vendita di un immobile si è fatta coll'indicazione della quantità, in ragione di un tanto per misura, il venditore è obbligato di consegnare al compratore che lo esige la quantità indicata nel contratto. Quando ciò non è possibile, o il compratore non lo esige, il venditore è obbligato a soggiacere ad una proporzionata diminuzione del prezzo (art. 1473, col quale concorda lo spirito del diritto Romano. Vedi Voet, *De contrah. emt.*, n° 7).

2° Se all'opposto, la quantità si trova maggiore di quella espressa nel contratto, il compratore deve corrispondere il supplemento del prezzo: ha però la facoltà di recedere dal contratto, se l'eccedenza oltrepassa la *vigesima* parte della quantità dichiarata nel medesimo (art. 1474). Per diritto Romano se fosse stato venduto un fondo con l'indicazione della quantità, ad un tanto per misura, e la quantità si trovava eccedere quella espressa nel contratto, era lecito al compratore o aumentare in proporzione il prezzo, o lasciare al venditore il di più. (Voet, *loc. cit.*; vedi i fr. 40, § 2, *Dig. de contrah. empt.*; fr. 2 *pr.*, e fr. 4, § 1, *Dig. de act. empt. et vend.*; fr. 69, § *ult.*, *Dig. de evict.*)

3° In tutti gli altri casi, in cui la vendita riguarda un corpo determinato e limitato o fondi distinti e separati, ovvero comincia dalla misura o dall'indicazione del corpo venduto susseguita dalla misura, l'espressione della misura non dà luogo ad alcun supplemento di prezzo in favore del venditore, per l'eccedenza della medesima, nè ad alcuna diminuzione di prezzo in favore del compratore se essa sia minore, salvo quando la differenza della misura reale in confronto di quella indicata nel contratto ecceda la *vigesima* parte in più o in meno del valore intero della cosa venduta, purchè non vi sia stipulazione in contrario (art. 1475). Pel diritto Romano se la vendita era stata fatta a corpo, e non a misura, non aveva luogo accrescimento o diminuzione di prezzo, ammenochè non fosse occorso dolo nel venditore. (Vedi fr. 13, § 14, *Dig. de act. emti et vend.*)

Nel caso in cui secondo il precedente articolo 1475, vi è luogo ad accrescimento di prezzo per eccedenza di misura, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto o di corrispondere il supplemento del prezzo con gli interessi, se ha ritenuto l'immobile (art. 1476).

In tutti i casi in cui il compratore usa del diritto di recedere dal contratto, il venditore è tenuto a restituirgli, oltre il prezzo che avesse ricevuto, le spese del contratto medesimo (art. 1477, col quale concorda il fr. 27, *Dig. de ædil.*

mod., XVIII, 6; fr. 13, § 16. *Dig. de act. emti*, XIX, 1; fr. 38 *pr.*, *Dig. damni inf.*, XXXIX, 2), ma non del caso fortuito; il *periculum* è a carico del compratore, che è obbligato a pagare il prezzo fissato, sebbene la cosa non possa essergli consegnata, perchè distrutta per un evento al venditore non imputabile (*Instit.*, § 3, *de emt. et vendit.*, III, 23). L'inesecuzione, infatti, di un' obbligazione consistente nel *dare* una specie certa, quando non può essere imputata al debitore, non dà alcun diritto al compratore di essere indennizzato; ora quando la cosa comprata perisce per un evento non imputabile al venditore, egli è esonerato da qualunque obbligo: il compratore non può affacciare pretensione alcuna contro di lui, ma deve invece eseguire la sua obbligazione, che consiste nel pagare il prezzo.

c) Il venditore è obbligato a fare avere la cosa al compratore (*ut rem emtori habere liceat, rem licere habere*). Il venditore non si obbliga a fare divenire proprietario il compratore, a *dare* nel senso tecnico: si obbliga, dice Affricano, *ut rem emtori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* (fr. 30, § 1, *Dig. de act. emt.*, XIX, 1). Laonde quando il venditore ha consegnato la cosa al compratore, finchè questi conserva la possibilità di tenerla come padrone, (tuttochè quella cosa non appartenesse al venditore, ed il compratore ne venisse in cognizione) non potrebbe detto compratore sperimentare contro quel venditore, che non è in dolo, (fr. 30, § 1, *de act. emti*, XIX, 1.) azione alcuna (fr. 25, § 1, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 11, § 2, *Dig. de act. empti*, XIX, 1; fr. 8; fr. 57, *Dig. de evict.*, XXI, 2.) [1]

§ 339. Talvolta il compratore non ha la cosa, *o non può goderne pienamente e liberamente*, o per difetto inerente al diritto

edict.) Nei casi sopra espressi l'azione pel supplimento del prezzo che spetta al venditore, e quella per la diminuzione del prezzo o pel recesso dal contratto che spetta al compratore, debbono proporsi nel *termine di un anno* dal giorno del contratto, sotto pena della perdita delle respettive ragioni (art. 1478).

Se si sono venduti due fondi collo stesso contratto e per un solo e medesimo prezzo, coll'indicazione della misura di ciascuno di essi, e si trova che la quantità è minore nell'uno e maggiore nell'altro, se ne fa la compensazione fino alla debita concorrenza; e l'azione tanto pel supplemento, quanto per la diminuzione del prezzo non ha luogo se non in conformità delle regole sopra stabilite (art. 1479, che è la parafrasi del fr. 42, *Dig. de act. emti*).

La questione se la perdita o il deterioramento della cosa venduta, e non per anco consegnata debba essere a carico del venditore o del compratore, sarà giudicata con le regole stabilite nel titolo delle obbligazioni e dei contratti in genere. Così l'articolo 1480.

[1] Contradice il Codice nostro. Vedi le note al § 331 ed al § 333.

del venditore, o per dei difetti o vizi inerenti alla cosa stessa.[1] Nell' un caso e nell' altro è possibile che il venditore incorra in responsabilità. Vediamolo.

§ 340. Per l' editto degli Edili (fr. 1, § 1, 11; fr. 31 *pr.*, *Dig. de ædilit. æd.*, XXI, 1) il venditore è obbligato a rispondere dei vizi nascosti (*morbi, vitia*), che la cosa aveva anteriormente al momento del contratto, quand' anche li avesse ignorati, purchè questi vizi sieno tali da rendere la cosa impropria all' uso cui è destinata, o ne diminuissero notevolmente il valore, e fossero ignorati dal compratore (fr. 1, § 8, 6; fr. 4, § 3 e 6; fr. 10, § 1; fr. 12, § 1; fr. 14, § 10; fr. 17, § 1; fr. 43 *pr.*; fr. 48, § 3, e 4; fr. 54, *Dig. de ædil. æd.*, XXI, 1). Il venditore è poi obbligato a guarentire tutte le qualità, che egli ha dichiarato e promesso esistere nella cosa: *dicta et promissa*; (fr. 1, § 1; fr. 17, § 20; fr. 18; fr. 19 *pr.*, § 1, 4, *Dig. h. t.*, XXI, 1), quando le sue dichiarazioni non consistano in quelli elogi vaghi e indeterminati, che è notorio ogni venditore essere solito fare delle cose che vuole spacciare, perchè per questi non incorrerebbe in nessuna responsabilità, (fr. 43, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 19 *pr.*, *Dig. h. t.*, XXI, 1, fr. 37, *Dig. de dolo malo*, IV, 3). In origine l' editto edilizio si riferiva soltanto ai vizi e difetti corporali degli schiavi e del bestiame, ma poi fu esteso a qualunque maniera di difetti, ed a qualsivoglia specie di cosa (fr. 1, § 1, 9, 11; fr. 63, *Dig. h. t.*, XXI, 1; fr. 48, § 6 e fr. 49, *eod. cost.* 4, *Cod. de ædilit. act.*, IV, 58).[2] I compratori

[1] Concorda l' art. 1481: ivi « la garanzia che il venditore deve al compratore ha due oggetti: il primo riguarda il pacifico possesso della cosa venduta; il secondo i vizi o i difetti occulti della medesima. »

[2] Il venditore, (dice l' articolo 1498) è tenuto a garantire la cosa venduta dai vizi o difetti *occulti* che la rendono non atta all' uso cui è destinata, o che ne diminuiscono l'uso in modo che se il compratore li avesse conosciuti, o non l' avrebbe comprata, o avrebbe offerto un prezzo minore.

Il compratore ha la scelta di rendere la cosa e farsi restituire il prezzo, o di ritenerla e farsi restituire quella parte di prezzo che sarà determinata dall' autorità giudiziaria (art. 1501, il quale in sostanza concorda col diritto Romano che ammetteva l' azione *redibitoria* per ottenere la risoluzione del contratto, e l' azione *estimatoria*, o *quanti minoris* per ottenere una diminuzione di prezzo).

Il venditore non è obbligato per vizi apparenti, e che il compratore avrebbe potuto da se stesso conoscere (art. 1499). Per diritto Romano quando i vizi erano apparenti, non si poteva agire con le azioni edilizie invocando l' editto degli Edili, bensì con l' *actio empti*, azione che differiva dalle azioni edilizie perchè essa suppone la *scientia*, ossia la mala fede del venditore, ed ordinariamente non autorizza che ad ottenere una diminuzione di prezzo (fr. 1, § 6; fr. 3; fr. 4 *pr.*; fr. 14, § *ult.*, *Dig. de ædilit. edict.*)

In forza dell' articolo 1500, il venditore è obbligato per vizi occulti, quantunque non gli fossero noti, eccetto che avesse stipulato di non essere in que-

solevano in antico garantirsi contro il pericolo, che la cosa avesse vizi o difetti nascosti, mediante una stipulazione, con la quale il venditore si obbligava, ove si verificassero, a pagare il duplo del prezzo di compra (*stipulatio duplæ*): ma in seguito l'editto degli Edili introdusse a vantaggio del compratore due azioni speciali, per ottenere a sua scelta, (verificandosi qualcheduno dei vizi contemplati nell'editto) od una diminuzione di prezzo (*actio æstimatoria* o *quanti minoris*) o la rescissione del contratto (*actio redhibitoria*). L'*actio æstimatoria* o *quanti minoris*, deve essere intentata dentro un anno utile dal dì del contratto, e può essere intentata più volte, se diversi difetti si manifestano successivamente nella cosa, che fu obietto del contratto stesso (fr. 25, § 1, *Dig. de except. rei jud.*, XLIV, 2; fr. 18; fr. 38 *pr.*; fr. 48, § 2, *Dig. h. t.*, XXI, 1, *cost.* 1, *Cod. eod.*, IV, 58). L'*actio redhibitoria*, che tende a far restituire le cose allo stato anteriore alla vendita (fr. 25, *Dig. h. t.*, XXI, 1), procura al compratore la restituzione del prezzo della medesima, con gli interessi, più il rimborso delle spese ed il risarcimento dei danni, che la cosa avesse potuto cagionargli (fr. 23, § 8 e 9; fr. 27; fr. 29; fr. 30, § 1; fr. 31 *pr.*, fr. 43, § 5; fr. 58 *pr.*, *Dig. h. t.*, XXI, 1). È evidente che quest'azione non può essere

sto caso tenuto ad alcuna garanzia (concordano il fr. 1, § 2, *Dig. de ædilit. edict.*; fr. 14, § 9, *Dig. eod.*: fr. 6, § *ult.* e fr. 39, *Dig. de act. empt. et vend.*).

Se il venditore conosceva i vizi della cosa venduta, è tenuto oltre alla restituzione del prezzo ricevuto, al risarcimento dei danni verso il compratore (art. 1502 col quale concorda il fr. 13, *Dig. de act. empt. et vendit.*).

Se il venditore ignorava i vizi della cosa, non è tenuto che alla restituzione del prezzo, e a rimborsare il compratore delle spese fatte per causa della vendita (art. 1503 e cit. fr. 13, *Dig. de act. empt. et vendit.*).

Se la cosa che era difettosa è perita in conseguenza de'suoi difetti, la perdita sta a carico del venditore, il quale è tenuto verso il compratore alla restituzione del prezzo, ed alle altre indennità indicate nei due articoli precedenti (art. 1504, col quale concordano i fr. 38, § 3; fr. 47, § 1; fr. 48 *pr.*, *Dig. de ædil. edict.*).

Se la cosa per altro è perita per caso fortuito, la perdita è a carico del compratore (art. 1504, capoverso, col quale non concorda il fr. 47, § 1, *Dig. de ædilit. edicto*). Da questo frammento e dal successivo resulta che in diritto Romano la perdita della cosa viziosa sarebbe stata a carico del compratore, nel solo caso che fosse perita per colpa sua e della sua famiglia, o del suo procuratore.

L'articolo 1505 dispone che l'azione redibitoria proveniente da vizi della cosa debba proporsi dal compratore, se si tratta di immobili, entro *un anno dalla consegna*. Se si tratta di animali deve proporsi *fra i quaranta giorni*, e se di altri effetti mobili *fra tre mesi dalla consegna*, salvo che da usi particolari sieno stabiliti maggiori o minori termini. L'azione redibitoria nelle vendite di animali non ha luogo che per i vizi determinati dalla legge o da usi locali.

L'articolo 1506 dichiara che l'azione redibitoria non ha luogo nelle vendite giudiziali; disposizione analoga a quella del fr. 1, § 3, *Dig. de ædilit. edicto.*

intentata più di una volta: essa deve esserlo dentro sei mesi dal giorno della vendita, (fr. 19, § 6; fr. 38 *pr.*, fr. 55, *Dig. h. t.*, XXI, 1, *cost.* 2, *Cod.*, IV, 58).

§ 341. Il venditore, come quello che è obbligato a *fare avere* la cosa al compratore, è passibile di un'azione in restauro di danni e interessi (*in id quod interest*) se per una causa anteriore alla vendita, la cosa è giuridicamente sottratta in tutto od in parte alla disponibilità del compratore, perocchè per dirlo con le parole tecniche, il venditore sia obbligato a garantire il compratore da qualunque *evizione. Evincere*, dicono i Pratici, *est aliquid vicendo auferre,* ossia togliere qualche cosa a taluno in forza di una sentenza; attalchè *evizione* si verifica, quando la cosa viene tolta per decisione giudiciale, dalle mani di chi la possedeva, per una giusta causa di acquisto. E questo è senza dubbio il caso più grave di evizione (fr. 1, *Dig. de evict.*, XXI, 2; fr. 13, 39, § 2; fr. 45, 53 *pr.*, *Dig. eod.*, fr. 23, § 1, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3): ma esiste evizione ancorquando il compratore è obbligato a riconoscere o tollerare un *jus in re* sull' oggetto comprato come libero, ed in special modo un diritto di usufrutto o di ipoteca (fr. 34, § 2, *Dig. de evict.*, IV, 2; fr. 66 *pr.*, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 15, § 1; fr. 46 *pr.*, fr. 49; fr. 62, § 2, *Dig. de evict.*, XXI, 2).[1] Una servitù prediale, come quella che non gli impedirebbe avere la cosa, *rem habere*, non gli darebbe ricorso contro il venditore pel capo dell' evizione; l' autorizzerebbe per altro a sperimentare contro di lui l'*actio quanti minoris, seu æstimatoria* pel deprezzamento che la servitù cagiona al fondo a carico del quale è stabilita.[2]

§ 342. Affinchè sia lecito al venditore ricorrere contro il compratore, allegando la sofferta evizione, è necessario:

a) che l' evizione ripeta la sua origine da un vizio, *inerente al diritto del venditore, preesistente* alla vendita;

b) che al compratore sia stato impedito di avere la cosa (*rem habere*), *per sentenza giudiciale* (*cost.* 17, *Cod. h. t.*). L'evizione derivata da causa posteriore alla compra e vendita, è a carico

[1] Concorda l' art. 1482.

[2] Per l' art. 1494, se il fondo venduto è gravato di servitù *non apparenti*, senza che se ne sia fatta dichiarazione, e queste sono di tale entità da fare presumere che il compratore, ove ne fosse stato avvisato, non lo avrebbe comprato, egli può domandare lo scioglimento del contratto, quando non prescelga di contentarsi di un' indennità.

del compratore (fr. 21 *pr.*, fr. 64 *pr.*, fr. 70, *Dig. de evict.*, XXI, 2, *cost.* 26, *Cod. eod.*, VIII, 45), come lo è quella proveniente da violenza, o da comando del principe, senza giudiciale sentenza (fr. 11 *pr.*, *Dig. de evict.*, XXI, 2, *cost.* 17, *Cod. eod.*, VIII, 45, *cost.* 17, *Cod. de act. emti*, IV, 49). Il compratore cui è minacciata l'evizione, ha l'obbligo di informarne il venditore, e di chiedere la sua assistenza nella lite che gli viene promossa, *auctorem laudare, litem denuntiare* (fr. 63, *Dig. de evict.*, XXI, 2, *cost.* 7 e 14, *Cod. eod.*, VIII, 45; fr. 55, § 1, *Dig. eod.*, *cost.* 8, 9, 23 *Cod. eod.*; fr. 29, § 2; fr. 56, § 4; fr. 74, § 2, *Dig. eod.*): e se più sono i venditori suoi autori, deve denunziare la lite a tutti, affinchè possano somministrare gli occorrenti mezzi di difesa (fr. 85, § 5; fr. 139, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1). Questa denunzia deve essere tempestiva, cioè fatta in epoca che sia possibile tuttavia accorrere utilmente alla difesa (fr. 29, § 2, *Dig. h. t.*, XXI, 2). È dispensato dal fare tale denunzia, se non può sapere il domicilio del venditore (fr. 55; fr. 56, § 5, 6, *Dig. eod.*, XXI, 2) o se per convenzione ottenne quella dispensa (fr. 63 *pr.*, *Dig. eod.*). Ricevuta appena la denunzia, il venditore deve *auctoritatem præstare*: in altri termini, deve intervenire in causa per assistere il compratore, oppure assumersi la lite sopra di sè (fr. 74, § 2, *Dig. de evict.*, XXI, 2, *cost.* 1, *Cod. ubi in rem actio exerceri debeat*, III, 19, *cost.* 23, *Cod. de evict.*, VIII, 45; fr. 49, *Dig. de judiciis*, V, 1). Il venditore sebbene denunzi la lite, ha l'obbligo di opporre a chi lo minaccia dell'evizione, tutte le eccezioni che possono personalmente competergli verbigrazia quella dell'usucapione già da lui compiuta (fr. 29, § 1, fr. 55 *pr.*, fr. 56 *pr.*, § 3; fr. 63, § 2, *Dig. de evict.*, XXI, 2, *cost.* 8 e 19, *Cod. eod.*, VIII, 45);

§ 343. Il venditore sarebbe esonerato dall'obbligo di prestare l'evizione al compratore, se questa potesse attribuirsi all'annuenza od alla colpa di quest'ultimo (fr. 53, § 1; fr. 56, § 1, *Dig. h. t.*, *cost.* 8, *Cod. eod.*), alla sua mancanza di denunzia utile e tempestiva, alla sua negligenza nel difendere la cosa comprata, alla natura della cosa medesima (fr. 10, *Dig. de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4; fr. 11, *fin. Dig. de act. emti*, XIX, 1), all'avvenimento di un fatto o d'una causa di evizione, eccettuati nel contratto di compra e vendita (fr. 11, § 18, *Dig. de act. emti*, XIX, 1), all'esercizio dei diritti di un proprietario conosciuto già dalle parti che conclusero quel contratto: le quali scientemente, e senza

il suo consenso contrattarono sulla cosa di lui (*cost.* 27, *Cod. h. t.*) [1]

[1] Quantunque nel contratto di compra e vendita non siasi stipulata la garanzia, il venditore, anche pel Codice nostro, è tenuto di garantire il compratore dell'evizione che lo priva di tutto o di parte della cosa venduta, ed altresì dai pesi che si pretendono gravarla, e che non furono dichiarati nel contratto (art 1482).

I contraenti possono con patti particolari accrescere o diminuire l'effetto di questa obbligazione di diritto, e pattuire altresì che il venditore non sarà soggetto ad alcuna garanzia (art. 1483, col quale concordano i fr. 69, *pr.*, fr. 74 *pr.*, *Dig. de evict.*; fr. 23, *Dig. de reg. juris*. Concorda l'art. 1035). Quantunque siasi pattuito che il venditore non sarà soggetto ad alcuna garanzia, ciò nonostante egli resterà obbligato a quella che risulta da un fatto suo proprio; qualunque convenzione in contrario è nulla (art. 1484 col quale concordano i fr. 6, § 9, *Dig. de act. emp. et vend.*; fr. 27, § 4, *Dig. de pactis.*).

Anche nel caso di stipulata esclusione della garanzia, il venditore, accadendo l'evizione, è tenuto alla restituzione del prezzo, eccetto che il compratore fosse consapevole del pericolo dell'evizione all'atto della vendita o avesse comprato a suo rischio e pericolo (art. 1485, col quale concorda il fr. 11, § 18, *Dig. de act. empt. et vend.*).

Se fu promessa la garanzia, o nulla fu stipulato su tale oggetto, il compratore che ha sofferta l'evizione ha diritto di dimandare al venditore: 1° la restituzione del prezzo; 2° quella dei frutti, quando sia obbligato di restituirli al proprietario che ha rivendicato la cosa; 3° le spese fatte in conseguenza della denunzia della lite al suo autore, e quelle fatte dall'attore principale; 4° finalmente il risarcimento dei danni, come pure le spese ed i legittimi pagamenti fatti pel contratto (art. 1486, col quale concordano i fr. 13 e 43, *Dig. de act. empt. et vend.* i fr. 8, 60, 66, i fr. 67, 70, *Dig. de evict.*, *cost. ult. Cod. comm. rer. alien.*)

Se quando si verifica l'evizione, la cosa venduta si trova diminuita di valore o notabilmente deteriorata, tanto per negligenza del compratore, quanto per forza maggiore, il venditore è ugualmente tenuto a restituire l'intero prezzo (art. 1487). Se però il compratore ha ricavato un utile dai deterioramenti da esso fatti, il venditore ha diritto di ritenere sul prezzo una somma corrispondente all'utile anzidetto (art. 1488). Se la cosa venduta fosse aumentata di prezzo al tempo dell'evizione, anche indipendentemente dal fatto del compratore, il venditore è tenuto a pagargli ciò che supera il prezzo della vendita (art. 1489). Nella legislazione romana si sanciva il principio che il prezzo dovuto dal venditore al compratore il quale aveva sofferto l'evizione era quello che la cosa aveva al tempo della avvenuta evizione, attalchè ogni aumento tornava vantaggioso al compratore, ed ogni diminuzione ricadeva a suo carico (vedi i fr. 66, § *ult.*; fr. 70, *Dig. de evict.*; fr. 45 *pr.*, *Dig. de act. empt. et vend.*)

Il venditore è tenuto a rimborsare il compratore o a farlo rimborsare da chi ha rivendicato il fondo, di tutte le riparazioni e di tutti i miglioramenti utili che vi avrà fatti (art. 1490, col quale concorda il fr. 45, § 1, *Dig. de act. empt. et vendit* e la *cost.* 9, *Cod. de evict.*)

Il venditore, se ha venduto in mala fede il fondo altrui, è tenuto a rimborsare il compratore di tutte le spese, anche voluttuarie, che questi avesse fatto sul fondo (art. 1491, col quale concorda il fr. 45, § 1, *Dig. de act. empt.*)

Il compratore, se ha sofferta l'evizione di una parte della cosa, e questa parte è relativamente al tutto di tale entità che non avrebbe comprato il tutto senza la parte colpita dall'evizione, può fare sciogliere il contratto di vendita (art. 1492, col quale concordano i fr. 47, § 1, *Dig. de minor.* e fr. 46 *pr.*, *Dig. de solut.*)

Se nel caso di evizione di una parte del fondo venduto non si è sciolta la vendita, il compratore sarà rimborsato dal venditore della parte colpita dalla evizione secondo la stima al tempo dell'evizione; e non in proporzione del prezzo totale della vendita, tanto se la cosa venduta sia aumentata, quanto se sia diminuita di valore (art. 1493, il quale non è coerente all'articolo 1489, pe-

§ 344. Ad evizione *minacciata*, il compratore ha diritto di ottenere dal venditore e dai suoi eredi, prima la difesa e la liberazione dalle molestie, purchè quella minaccia si appoggi su titoli, che non sieno evidentemente futili: dalle mere vessazioni dovendosi da se solo difendere (fr. 51, *Dig. h. t.*). Ad evizione *consumata* ha diritto di esigere, con l'*actio emti*, restauro dei danni sofferti (fr. 43, *Dig. de act. emti*, XIX, 1; fr. 8, *Dig. de evict.*, XXI, 2; fr. 60; fr. 70, *Dig. eod.*, *cost.* 9, 23, *Cod. eod.*), con questa distinzione: che se il venditore fu in dolo, perchè vendè scientemente la cosa altrui, deve indennizzare pienamente il compratore (*omne id quod emptoris interest*), e si ammette contro di lui perfino il giuramento *in litem*; ma se dolo non gli può essere rimproverato, deve risarcire il compratore soltanto del danno realmente sofferto, che deve essere calcolato dietro stima del valore che aveva la cosa nel momento dell'evizione. Allorquando (come si soleva in antico) era stata aggiunta al contratto di compra e vendita la stipulazione di una penale, che ordinariamente ammontava al doppio del prezzo di vendita (*stipulatio duplæ*), il compratore ne esigeva l'ammontare mediante l'actio *ex stipulatu* (fr. 56 *pr.*, *Dig.*, XXI, 2). Ma non ci prolungheremo maggiormente su tal proposito, per non oltrepassare i limiti di un trattato elementare, rinviando pel di più ai titoli del Digesto e del Codice, relativi a quest' argomento (*Dig.*, XXI, 2, *Cod.*, VIII, 45).

§ 345. È essenziale l' avvertire, che queste regole sulla prestazione dell'evizione, nelle nostre Fonti occorrono applicate non soltanto alla compra e vendita, sibbene a tutti i contratti a titolo oneroso, come alla locazione e conduzione, alla società, al pegno, alla permuta, ed ancora alla divisione di una cosa o eredità

rocchè per l'articolo 1489 se si tratta di evizione totale, bisogna riferirsi al tempo del contratto, per stabilire il valore della cosa; e se si tratta di evizione parziale, per l'articolo 1493, bisogna valutare la cosa riferendosi al momento dell' evizione.

Le altre questioni che possono nascere pel risarcimento dei danni dovuti al compratore per l'inesecuzione della vendita, debbono essere decise secondo le regole generali stabilite nel titolo delle obbligazioni e dei contratti in genere. Così l'art. 1495.

Per l'articolo 1496, quando il compratore ha evitato l'evizione del fondo, mediante il pagamento di una somma di danaro, il *venditore può liberarsi da tutte* le conseguenze della garanzia, rimborsandolo della somma pagata, degli interessi e di tutte le spese.

La garanzia per causa di evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una *sentenza passata in giudicato*, *senza chiamare* in *giudizio il venditore*, se questi *prova* che vi *erano sufficienti motivi* per far respingere la domanda (art. 1497).

comune, al pagamento, alla transazione, alla costituzione di dote, ma non ai contratti a titolo gratuito, come p. e., alla donazione.[1]

§ 346. 3) *Obblighi del compratore.*

a) Il compratore deve pagare il prezzo nel momento della tradizione della cosa, e trasferire nel venditore la proprietà delle specie metalliche, che dà come prezzo (fr. 11, § 2, *Dig. de act. emti*, XIX, 1); e se è in mora, o se la cosa consegnatagli è fruttifera, deve pagare anche gli interessi. È in mora, quando è spirato il termine assegnato al pagamento del prezzo, ed è stato intimato a pagare dal venditore, che gli vendè a credenza; e se la vendita non fu fatta a credenza, è in mora subito dopo la tradizione (fr. 13, § 20, *Dig. de act. emti*, XIX, 1, *cost.* 2, *Cod. de usuris*, IV, 32., *cost.* 5, *Cod. de pactis inter emt.*, IV, 54; fr. 88, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 18 *pr.*, *Dig. de usuris*, XXII, 1). Per altro non è obbligato a pagare il prezzo prima della consegna della cosa, e può respingere il compratore che glielo richieda, con l'eccezione del non adempito contratto (vedi sopra, § 278, lett. a).[2]

[1] Concordano gli articoli 1035, 1077, 1240, 1396, 1552, 1581, 1709.

[2] L' obbligazione principale del compratore (dichiara l' articolo 1507) è di pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati nel contratto di vendita. Quando nel contratto non si è stabilito nulla in proposito, il compratore (per l' art. 1508 che deroga all' articolo 1249) deve pagare nel luogo e nel tempo in cui deve farsi la tradizione (concorda il fr. 13, § 20, *Dig. de act. empt. et vend.*).

In mancanza di convenzione speciale, il compratore è tenuto agli interessi sino al giorno del pagamento del prezzo, ancorchè non sia in mora, se la cosa venduta e consegnata produce frutti od altri proventi (art. 1509, col quale concorda il fr. 13, § 20, *Dig. de act. empt. et vend.*, e la *cost.* 5, *Cod. eod.*

Il compratore se è molestato, o se ha ragione di temere di essere molestato con un' azione ipotecaria o rivendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie, semprechè questi non prescelga di dare cauzione, o non siasi convenuto che il compratore pagherà nonostante qualunque molestia (art. 1510, col quale concorda il fr. 18, § 1, *Dig. de peric. et commod.*, e la *costit.* 24, *Cod. de evict.*

L' articolo 1511 dispone che nella vendita di immobili, la condizione risolutiva, espressa o tacita, ché si verifica per l' inadempimento degli obblighi del compratore, non pregiudica ai terzi che hanno acquistati diritti sopra gli immobili *anteriormente alla trascrizione* della domanda di risoluzione. - Laonde pregiudica ai terzi che hanno acquistato quei diritti dopo *la trascrizione* di tal domanda.

L' articolo 1512 aggiunge: trattandosi di cose mobili lo scioglimento della vendita *ha luogo di diritto* nell' interesse del venditore, ove il compratore prima che sia scaduto il termine per la consegna della cosa, non siasi presentato per riceverla, od anche presentatosi per riceverla, non ne abbia contemporaneamente offerto il prezzo, salvo che pel pagamento di questo fosse stata convenuta una maggiore dilazione.

Finalmente l' articolo 1513 dispone: Se la vendita fu fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può eziandio in mancanza di pagamento rivendicare le cose mobili vendute, sinchè queste si trovano in *possesso del compratore*, od im-

b) Il compratore deve indennizzare il venditore delle spese, che questi può aver fatto dal dì del concluso contratto, per con-

pedirne la rivendita, purchè la domanda per rivendicarle venga proposta *entro quindici giorni dal rilascio*, e le cose si trovino *in quello stato medesimo* in cui erano al tempo della consegna. Tal diritto di rivendicazione non ha però effetto in pregiudizio del privilegio accordato al locatore, quando non sia provato che al tempo dell'introduzione dei mobili che forniscono la cosa o il fondo locato, egli fosse informato che ne era ancora dovuto il prezzo. Non sono però derogate da questo articolo le leggi e consuetudini commerciali concernenti la rivendicazione.

Da questi articoli si rileva che il Codice nostro, seguitando i principii del diritto francese, ammette la *risoluzione della vendita* per *non pagamento del prezzo*. Pel diritto Romano invece, finchè il prezzo non era pagato, la proprietà della cosa non trapassava nel compratore (fr. 19, *Dig. de contr. cont. Istit.*, § 41, *de rer. divis.*) ammenochè il venditore non avesse venduto a credenza, o non si fosse contentato delle garanzie dategli dal compratore (*cost.* 14, *Cod. de rescind., vendit. cost.* 8, *Cod. de contr. empt.*) Se il venditore aveva venduto sotto fede di prezzo, o se si era contentato delle garanzie dategli, non aveva più che l'azione *venditi* per ottenere il prezzo: azione tutta personale; ma non poteva far rescindere il contratto, ammenochè il patto risolutivo non fosse stato aggiunto espressamente al medesimo (*pactum commissorium, seu lex commissoria.*)

Osserveremo che pel Codice nostro trattandosi di vendita di *cose mobili*, lo scioglimento della vendita, per non pagamento di prezzo, ha *luogo di diritto* nell'interesse del venditore, ed egli può *rivendicare* le cose che sieno tuttora nel possesso del compratore, e nello stato in cui erano al tempo della consegna (art. 1512 e 1513); ma trattandosi di immobili il Codice non dice ugualmente che lo scioglimento della vendita pel non pagamento di prezzo ha luogo *di diritto*. Laonde, meno il caso che la condizione risolutiva sia stata apposta *espressamente*, la risoluzione della vendita degli immobili, non potrà ottenersi che dietro una domanda giudiziale, ed una sentenza, ai termini dell'articolo 1165. Ciò almeno ci sembra resulti dal confronto dell'articolo 1511 con gli articoli 1512, 1513 e 1165.

Relativamente ai mobili comprati e non pagati, il venditore ha, l'abbiamo detto, diritto di *rivendicarli* (art. 1512 e 1513); ma soltanto finchè si trovino in *possesso del compratore*, e nello *stato in cui erano* al momento della consegna. La rivendicazione è dunque in ciò limitata; come è limitata nel tempo (*quindici giorni dal rilascio*): ma in compenso si esercita *di diritto*, appena manca il pagamento.

Non vuolsi negare che questa facoltà di *rivendicare* la cosa venduta, che il Codice negli articoli 1512 e 1513 esplicitamente attribuisce al venditore non pagato, e che implicitamente resulta anche dall'articolo 1511, a prima giunta sembri contradire con l'articolo 1448, il quale dichiara che la vendita è perfetta fra le parti, e la *proprietà si acquista di diritto* dal compratore riguardo al venditore, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunnon sia seguìta ancora la tradizione della cosa, nè *sia pagato il prezzo;* perocchè vien fatto di obiettare che se la proprietà è passata nel compratore *anche prima del pagamento*, al venditore *non pagato* non può spettare la *rivendicazione*, che è l'azione inerente alla proprietà. Questa contradizione non si può eliminare, se non ritenendo che il legislatore abbia voluto con gli articoli 1511, 1512 e 1513 creare delle eccezioni al principio generale stabilito nell'articolo 1448.

Del resto si può dire, che l'azione di *rivendicazione* spetta al venditore non pagato, quale conseguenza della risoluzione della vendita. Come la translazione della proprietà si opera con la vendita, così la risoluzione della vendita medesima cagiona la risoluzione della proprietà trasferita. Se nonchè quando il venditore non pagato vendè *cose immobili*, prima di *rivendicare* dovrà ottenere la risoluzione della vendita con un'azione personale diretta contro il compratore (meno il caso che la vendita fosse fatta sotto condizione risolutiva espressa, art. 1165.) Poi potrà sperimentare la rivendicazione; la quale contro i terzi non potrà

servare e mantenere la cosa, che ne è obietto (fr. 13, § 22, *Dig. de act. emti*, XIX, 1, *cost.* 16, *Cod. eod.*, IV, 49).

c) Il compratore è responsabile di qualunque colpa nell'esecuzione delle sue obbligazioni, perchè risente vantaggio dal contratto.

§ 347. La proprietà della cosa venduta, supposto che risiedesse nel venditore, non passa nel compratore, che sotto due condizioni:

1° La *tradizione*. Senza la tradizione il contratto di compra e vendita può esistere e dar vita a delle obbligazioni, ma non cagiona traslazione di proprietà.

2°) Il *pagamento del prezzo* fissato; ammenochè il venditore non abbia venduto sotto *fede di prezzo*, o come si dice volgarmente, *a credenza*, *a fido*, o abbia accettato delle garanzie (*Instit.*, § 41, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 19, 53, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1). Se il venditore non aveva la proprietà della cosa venduta, naturalmente non può trasmetterla nel compratore; ma ove quest' ultimo abbia comprato in buona fede, acquista tutti i diritti che sulla cosa potevano spettare al venditore, e di più godrà dei vantaggi inerenti ad un possesso di buona fede.

§ 348. Il contratto di compra e vendita si scioglie:

1° Per concorde volontà delle parti, ove non abbia avuto esecuzione (*Instit.*, § 4, *quib. mod. oblig. toll.*, III, 29; fr. 6, § 2, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 3; fr. 5, § 1, *Dig. de rescind. vendit.*, XVIII, 5; fr. 35, *Dig. de reg. juris*, L, 17), altrimenti occorrerebbe fare una retrovendita.

2° Con l' esercizio del diritto, assicuratosi per convenzione di sciogliere cotal contratto (fr. 3, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1, *cost.* 4, *Cod. de ædilit. act.*, IV, 58).

3° Per la lesione *enorme*, che l' uno dei contraenti venga a soffrire (*læsio enormis*, *læsio ultra dimidium*).[1] Esiste lesione

venire intentata se essi acquistarono la proprietà della cosa o dei diritti sulla medesima, *prima* della trascrizione della domanda di risoluzione, (art. 1511.) Nell' intentare contro il compratore l' azione personale per la risoluzione della vendita, il venditore potrà chiamare a causa i terzi che avessero acquistato dei diritti sulla cosa o la proprietà della cosa, affinchè la sentenza di risoluzione faccia stato ancora contro costoro. Se poi la vendita fosse stata fatta sotto condizione risolutiva espressa, potrà il venditore direttamente agire con la rivendicazione contro chiunque detenga la cosa sua.

[1] Abbenchè il Codice nostro ammetta la libertà più assoluta nei contraenti quando stabiliscono la misura dell'interesse nel mutuo, pur tuttavia contiene disposizioni limitative la libertà stessa, in materia di fissazione di prezzo nella compra e vendita, essendochè ammetta la rescissione della vendita *di immobili* per causa di lesione *oltre la metà* nel giusto prezzo, e per causa di lesione il

enorme, quando uno dei contraenti ha ricevuto per equivalente di ciò che ha dato, un oggetto che non arriva neppure alla metà del valore di quello dato. Due costituzioni di Diocleziano e Massimiano, autorizzarono la parte che ebbe a soffrire cotal lesione ad ottenerne la rescissione (*cost.* 2 e 8, *Cod. de rescind. vendit.*, IV, 44). Alcuni odierni scrittori di diritto Romano, stando attaccati alla lettera di quelle due costituzioni, ritengono, che invocarne

Codice ammette pure la rescissione delle divisioni di una eredità o di qualunque comunione. Per l'articolo 1529 il *venditore* che è stato leso oltre la metà nel giusto prezzo di un *immobile*, ha il diritto di chiedere la rescissione della vendita, ancorchè nel contratto avesse rinunziato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione, ed avesse dichiarato di donare il più del valore.

La ratifica, la conferma o esecuzione volontaria di un' obbligazione contro la quale la legge ammette l'azione di rescissione pel capo della lesione, non ha effetto (art. 1309, capov. 3 e 4).

La rescissione a titolo di lesione non ha luogo pel Codice nostro a favore del compratore. Essa non ha luogo neppure nelle vendite che si fanno ai pubblici incanti (art. 1536). Non ha luogo nella permuta (art. 1554, e neppure nella transazione (art. 1772).

Nella compra e vendita per conoscere se vi è lesione oltre la metà, si deve stimare l'immobile secondo il suo stato e valore al tempo della vendita (art 1530, col quale concorda la *cost.* 8 *fin.*, *Cod. de rescind. vendit.*).

La domanda di rescissione non è più ammessa *spirati due anni* della vendita. Questo termine decorre contro gli assenti, gli interdetti ed i minori aventi causa da un venditore di maggiore età. Lo stesso termine decorre e non si sospende durante il tempo stipulato pel riscatto (art. 1531).

La prova della lesione non può esssere ammessa che nel caso in cui i fatti denunziati sieno bastantemente verosimili e gravi per far presumere la lesione (art. 1532).

La prova del valore si fa mediante perizia. La prova testimoniale non può essere ammessa, se non per provare circostanze di fatto che la perizia non ha potuto definire (art. 1533).

Nel caso in cui l'azione di rescissione venga ammessa, il compratore ha la scelta o di restituire la cosa, o di ritenerla pagando il supplemento al giusto prezzo (art. 1534, col quale concordano le *cost.* 2 e 8, *Cod. de rescind. vendit.*).

Il compratore se presceglie di ritenere la cosa, è tenuto agli interessi del supplemento dal giorno della domanda di rescissione. Se presceglie di restituirla e di ritirarne il prezzo, deve i frutti dal giorno della domanda. Gli interessi del prezzo che egli ha pagato, sono a lui parimente computati dal giorno della domanda, o dal giorno del pagamento, se non ha raccolto alcun frutto (art. 1535).

In materia di divisione di eredità (art. 1038 e 1048) e di qualunque comunione (art. 684), si può rescindere la divisione pel capo della lesione, quando uno dei dividenti provi di essere stato leso nella divisione *oltre il quarto* (art. 1038, 1048.) Per conoscere se vi è stata lesione, si fa eseguire la stima degli oggetti secondo il loro stato e valore al tempo della divisione (art. 1041). L'azione di rescissione si ammette contro qualunque atto che abbia per oggetto di far cessare fra i coeredi la comunione degli effetti ereditari, ancorchè fosse qualificato con titolo di vendita, di permuta, di transazione, od in qualunque altra maniera (art. 1039).

L'azione di rescissione in materia di divisione, di eredità o di qualunque altra comunione dura per cinque anni (art. 1300).

L'azione di rescissione per causa di lesione non si può proporre, ancorchè si tratti di minori, se non nei casi e sotto le condizioni specialmente espresse nella legge (art. 1308).

il disposto possa il venditore, non già il compratore. Ma può osservarsi in contrario, che in quelle costituzioni gli imperatori riconoscono il diritto nel venditore di rescindere la compra e vendita a cagione di lesione enorme, perchè nei due casi sottoposti all'imperiale risoluzione, si trattava appunto di lesione patita dai venditori. E questa, non vuolsi negarlo, occorre più di frequente a cagione del bisogno in cui si trovano di vendere a qualunque prezzo, pure di realizzare del contante; ma non è rarissimo il caso che l'imperizia, la semplicità, la prodigalità del compratore lo sottopongano a vedersi leso; e d'altronde lungi dal rinvenirsi nelle costituzioni in discorso parole che escludano nel compratore leso il diritto di invocare la rescissione del contratto, si riconosce che il principio di quella rescissione per causa di lesione fu sanzionato per un motivo di equità, il quale milita, sebbene in diverso grado, tanto pel venditore quanto pel compratore. I pratici tutti così ritennero, e spingendosi anche più oltre, estesero la teorica della lesione enorme, dal contratto di compra e vendita, cui nel testo è limitata, a tutti i contratti a titolo oneroso. La lesione enorme non rescinde *ipso jure* il contratto; è necessario che il leso chieda quella rescissione. E la parte contro cui si addimanda, ha la scelta o di riparare la lesione, o di subire la rescissione del contratto (*cost.* 2 e 8, *Cod.* IV, 44). Non lice rinunziare preventivamente al diritto di far rescindere il contratto come lesivo, se non dichiarando di volere fare una donazione del di più. Cessa questo diritto allorquando si tratti di compra e vendita fatta alla subasta, o dell'*emptio spei* (fr. 8, § 1, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1), o se la cosa legata al venditore, fu venduta pel prezzo imposto dal testatore (fr. 49, § *ult.*, *Dig. de legat.*, I).

b) Locazione e Conduzione.

(*Locatio, Conductio.*)

(*Instit.*, lib. III, tit. 24, *de locatione et conductione*; *Dig.*, lib. XIX, tit. 2, *locati conducti*; *Cod.*, lib. IV, tit. 65, *de locato et conducto.*)

§ 349. Il contratto di locazione e conduzione è: un *contratto consensuale*, *col quale dall' una parte si promette l'uso ed il godi-*

mento di una cosa durante un tempo determinato, ovvero la prestazione di un servigio o di un' opera, in correspettività di un prezzo, che l' altra parte si obbliga a pagare. Chi promette l' uso ed il godimento di una cosa, dicesi locatore, (*locator*), chi se lo fa promettere, conduttore *conductor;* se si tratta di beni rustici il conduttore si chiama colono, *colonus;* se di beni urbani, inquilino, *inquilinus;* se di rendite dello Stato, pubblicano, *publicanus,* (fr. 24, § 1, 2; fr. 25, § 1, *Dig. h. t.,* XIX, 2; fr. 1, § 1, *Dig. de public. et vectig.,* XXXIX, 4). La locazione e conduzione è un contratto, che ha moltissima somiglianza con la compra e vendita, tanto che si potrebbe considerare come una compra e vendita dell' uso e del godimento di una cosa, ovvero della prestazione di un servigio, o di un' opera. Come la compra e vendita, la locazione e conduzione è un contratto consensuale, il quale per conseguenza è perfetto per la semplice riunione dei consensi; alla pari della compra e vendita è un contratto sinallagmatico dal quale dunque, discendono direttamente obbligazioni per ambedue le parti contraenti; e la *cosa,* il *prezzo,* il *consenso,* che sono i requisiti della compra e vendita, lo sono pure della locazione e conduzione. Ambedue questi contratti derivarono dal diritto delle genti, furono accolti dal diritto civile, e si regolano coi principii dell' equità (*ex æquo et bono,* GAJO, III, 142. *Instit. pr., h. t.,* III, 24; fr. 2 *pr., Dig. h. t.,* XIX, 2).

§ 350. *a*) La *cosa,* obietto del contratto di locazione e conduzione, può essere una *cosa corporale o incorporale,* di cui una parte si obbliga a fare avere l' uso ed il godimento all' altra (*præstare uti frui licere*); oppure può essere un *fatto,* un *servizio,* un' *opera* che una parte si obbliga a prestare all' altra, sempre in correspettività di un prezzo. Di quì la distinzione fra locazione e conduzione di cose, e locazione e conduzione di opere.[1]

b) Il prezzo (*pretium*), ossia quel valore che una parte si obbliga a dare all' altra, in correspettività dell' uso o del godimento di una cosa, ovvero della prestazione di un servigio, assume nomi diversi. Dicesi di preferenza *reditus, pensio,* ossia pigione, fitto, se si tratta di locazione e conduzione di cose: *merces, manupretium,* mercede, salario, se di locazione e conduzione di opere. Il prezzo deve essere *vero,* ossia serio (fr. 46, *Dig. h. t.,* XIX, 2; fr. 10, § 2, *Dig. de acq. poss.,* XLI, 2), deve esser *certo,*

[1] Concorda l' art. 1568.

vale a dire stabilito in una determinata somma di danaro (GAJO, III, 143, *Instit.* § 1, *h. t.*, III, 24; fr. 25 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIX, 2). Quello che dicemmo intorno alla *verità* e *certezza* del prezzo, in materia di compra e vendita, è da ripetere a proposito del prezzo nella locazione e conduzione (*Instit.*, § 1, *h. t.*, III, 24; GAJO, III, 143; fr. 25, *Dig. h. t.*, XIX, 2). Se il prezzo non fosse stato fissato in una determinata somma di danaro, ma invece in una o più cose, od opere, non esisterebbe locazione e conduzione, sibbene potrebbe esistere un contratto innominato. Tuttavolta per eccezione, trattandosi della locazione e conduzione di beni rustici, il prezzo può consistere in una quantità di frutti, prodotti dai beni medesimi, quantità stabilita o in modo invariabile (*cost.* 8, 21, *Cod. h. t.*, IV, 65), od in una quota parte delle raccolte. In quest' ultimo caso il conduttore chiamasi *colonus partiarius* (fr. 25, § 6, *Dig. h. t.*, XIX, 2). Ma in verità la colonia parziaria, meglio che un contratto di locazione e conduzione, è un contratto di società, che nell' interesse dell' agricoltura il diritto Romano considerò come locazione e conduzione. Per cotal guisa fu sottratto ai troppo frequenti casi di dissoluzione, cui sarebbe andato sottoposto, massime per la morte di uno dei contraenti, se qual contratto di società fosse stato considerato, (cit., fr. 25, § 6, *Dig. h. t.*, XIX, 2). [1]

[1] Il Codice nostro ha dedicato al contratto di colonìa parziaria molti articoli (dall' art. 1647 all' art. 1664) e noi reputiamo utile riferirne qui le disposizioni, esposte con un poco di ordine. Premettiamo che eziandio nel sistema del Codice questo contratto ha mistura di società; e che il Codice indica indistintamente il contratto in discorso coi tre nomi di *colonìa*, *mezzadrìa* o *masserìa*, forse perchè nelle diverse provincie italiane è chiamato o con l' uno o con l' altro di questi. Applica poi a questo contratto le regole proprie delle locazioni di cose, e specialmente quelle delle locazioni di fondi rustici, con alcune modificazioni che anderemo indicando (art. 1647).

Da ciò che il Codice dichiara intorno al contratto in discorso resulta, che può essere definito: come un contratto consensuale avente mistura di locazione e di società, pel quale si conviene che il colono debba coltivare un fondo rustico, col patto di dividerne i frutti col locatore (cit. art. 1647).

Il Codice non richiede nessuna forma particolare per la conclusione del contratto medesimo; basta il consenso. La prova peraltro della sua esistenza va sottoposta alle regole generali stabilite dal Codice.

In mancanza di consuetudini, e di convenzioni espresse, ecco le regole che governano il divisato contratto (ar. 1654).

A) 1° Il *colono* deve *fornire:* (*a*) il bestiame occorrente a coltivare e concimare il fondo, in quantità proporzionata ai mezzi per alimentarlo che somministra il fondo tenuto a mezzerìa (art. 1655),

b) Il capitale dell' invernata, e gli strumenti necessari alla coltivazione del fondo (cit. art. 1655),

c) le sementi, ma queste a metà, *ossia in comune col locatore* (art. 1656),

d) le spese che possono occorrere al colono per l' ordinaria coltivazione dei campi, e per la raccolta dei frutti (art. 1657).

2° Il colono deve *fare:* (*a*) le piantagioni ordinarie, come pure quelle che

c) Il *consenso* sulla cosa e sul prezzo, perfeziona questo contratto, senza bisogno di altro (*Istit. pr., de oblig. quæ consensu*

si fanno in surrogazione delle piante morte o fortuitamente atterrate, o divenute infruttifere durante la masserìa (art. 1658),

b) lo spurgo dei fossi, tanto interni quanto adiacenti alle strade pubbliche, come pure i lavori che sogliono ordinarsi dai comuni per la conservazione delle strade (art. 1659),

c) le carreggiature ordinarie, sia per le riparazioni del fondo e della casa colonica, sia pel trasporto dei generi alla casa del locatore (art. 1659, capoverso),

d) il taglio dei boschi cedui per la quantità necessaria pei pali delle viti, e per altri usi del fondo (art. 1661, capoverso 1°),

e) il taglio dei rami degli alberi morti od atterrati, e le potature (art. 1661, capoverso 2°).

B) Il *locatore* deve *fornire:* (a) il fondo;

b) metà delle sementi (art. 1656),

c) le piante, le fascine, i vimini, ed i pali che occorrono alle piantagioni ordinarie ed a quelle che si fanno in surrogazione delle piante morte o fortuitamente atterrate, o divenute infruttifere durante la masserìa (art. 1658.) Se le piante si traggono dal semenzaio, che trovasi nel fondo, non è dovuta al mezzaiolo alcuna indennità (art. 1658, capoverso),

d) le spese occorrenti al taglio dei boschi cedui, al di là di quella quantità necessaria pei pali delle viti e per altri usi del fondo (art. 1661, capoverso 1°).

Le regole poi relative alla divisione dei frutti e prodotti del fondo sono queste:

1° Tutti i frutti tanto naturali quanto industriali del fondo, si dividono per la metà fra il locatore ed il mezzaiolo (art. 1661) la perdita dei medesimi, avvenuta per caso fortuito è sopportata in comune (art. 1648.)

2° Il prodotto del taglio dei boschi cedui, diminuito della quantità necessaria pei pali delle viti e per altri usi del fondo, appartiene al locatore; a lui pure appartengono gli alberi morti o atterrati; ed a lui il prodotto delle potature e del taglio dei rami degli alberi morti, al di là della quantità necessaria al servizio del fondo ed all'uso del colono (art. 1661, capoverso 2°).

Sebbene il colono sia libero nell'amministrazione del fondo, *non può:*

a) Raccogliere, nè battere i grani, nè fare la vendemmia, senza avvertirne il locatore (art. 1660),

b) vendere fieno, paglia o concime, nè fare carreggiature per altri, senza il consenso del locatore (art. 1650).

Il contratto di colonìa finisce:

1° Per la scadenza del termine o stabilito dal contratto, o fissato dalle consuetudini locali; ma la colonìa in qualunque modo sia fatta *non cessa mai di diritto;* il locatore deve dare, o il colono prendere licenza entro il tempo fissato dalla consuetudine (art. 1651).

2° Per mancanza ai respettivi impegni del locatore o del colono, ma la valutazione di questi motivi è rilasciata alla prudenza ed equità dell'autorità giudiziaria (art. 1652).

3° Per una malattia abituale o altro simile caso, che renda inabile il massaro alla coltivazione; ancora la valutazione di questo motivo spetta al giudice (cit. art. 1652).

4° Per la sullocazione o cessione della masserìa fatta dal colono, senza che nel contratto gliene fosse accordata speciale facoltà di farla; in tal caso il mezzaiolo è di più condannato al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento del contratto (art. 1649).

5° Per la morte del colono, la colonìa si risolve col finire dell'anno agrario in corso; ma ove la morte sia avvenuta negli ultimi quattro mesi, compete ai figli e agli altri eredi del defunto, se con lui coabitavano, la facoltà di continuare nella colonìa anche per l'anno seguente; ed in mancanza di eredi coabitanti, o se questi non possono o non vogliono usare di tale facoltà, essa

contrah., III, 22 *pr., h. t.,* III, 24, *cost.* 24, *Cod h. t.,* IV, 65).
Qualora le parti non fossero concordi sulla quantità del prezzo, è da esaminare la maniera del disaccordo. Se il locatore avesse inteso esigere più di quanto il conduttore avesse inteso pagare, contratto non esisterebbe; ma se per lo contrario il conduttore avesse inteso di obbligarsi a pagare più di quanto il locatore avesse inteso esigere, contratto esisterebbe: conciossiachè in quel più sia compreso il meno, e non sia concepibile un ragionevole dissenso del locatore a ricevere quel più (fr. 52, *Dig. h. t.,* XIX, 2).

§ 351. Dal contratto di locazione e conduzione, come da ogni contratto bilaterale o sinallagmatico, nascono due obbligazioni, e per conseguenza due azioni: l'*actio locati*, che spetta al locatore, l'*actio conducti*, che spetta al conduttore. Inoltre il conduttore si serve dell'interdetto *de migrando*, quando il locatore dell'abitazione locatagli, gli trattiene senza ragione i suoi mobili, che ha portato nella medesima, *invecta et illata* (*Dig. de migrando,* XLIII, 32).

compete alla vedova del colono. Nel caso in cui gli eredi o la vedova nella coltivazione del fondo non seguissero le norme di un buon padre di famiglia, sia nel restante dell'anno agrario in corso, sia nell'anno susseguente, può il locatore fare coltivare il fondo a proprie spese, prelevandone poscia l'importare sulla porzione dei frutti a cui essi avrebbero diritto (art. 1653).

La colonìa *senza determinazione di tempo* si reputa fatta per un *solo anno.* L'anno comincia e termina coll'*undici di novembre.* Passato il mese di *marzo* senza che siasi data o presa licenza, s'intende la colonìa rinnovata per un altr'anno (art. 1664).

Il libro del locatore, se contiene le partite di credito e di debito con indicazione di tempo e di causa, e se le partite medesime sono state di mano in mano annotate in altro libretto da conservarsi presso il colono, fa piena prova tanto a favore del locatore quanto contro di lui, ove il colono non abbia reclamato prima della scadenza di quattro mesi dalla data dell'ultima partita. Fa la stessa prova il libretto che il colono conserva presso di sè, purchè sia scritto dal locatore nella maniera sopraccennata. Non presentandosi dal locatore o dal colono il proprio libretto, perchè andò smarrito o non se ne ebbe cura, si stà a quello che viene presentato (art. 1662).

Il libretto tenuto dal locatore e dal colono nella forma indicata nell'articolo 1662, fa prova eziandio dei patti, che possono essersi fra loro convenuti in aggiunta o modificazione delle regole stabilite nel capo che ha per rubrica della mezzadrìa o masserìa o colonìa (cap. 4, titolo 9, lib. III).

1) *Locazione e Conduzione di cose.*[1]

§ 352. Obietto di questa maniera di locazione e conduzione, possono essere in generale tutte le cose, che sono in commercio,

[1] Il Codice, dopo aver dichiarato, all'art. 1568, che il contratto di locazione ha per oggetto le *cose* o le *opere*, nell'articolo seguente, 1569, definisce la *locazione delle cose*, come un contratto col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo, che questa si obbliga di pagarle.

Eziandio pel Codice nostro dunque, la locazione di cose è un contratto consensuale, sinallagmatico perfetto, il quale per requisiti ha: consenso, cosa, e prezzo.

Mentre per diritto Romano dal contratto in discorso non nascevano che delle obbligazioni reciproche fra i contraenti, pel Codice nostro nasce ancora, a nostro credere un *jus in re* a favore del conduttore di cose immobili. Infatti per l'articolo 1597, se il *locatore vende* la cosa locata, il compratore è *tenuto a stare alla locazione,* quando questo *sia anteriore* alla vendita, e *consti da atto pubblico*, o *da scrittura privata avente data certa*, semprechè il locatore stesso non siasi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita; e per l'articolo 1598, quantunque il conduttore non abbia un atto pubblico, od una scrittura di data certa, se il *suo possesso è anteriore alla vendita*, il compratore è tenuto a lasciarlo continuare per tutto quel tempo per cui si intendono fatte le locazioni senza determinazione di tempo. - Ora a noi sembra, che se il compratore è obbligato a rispettare la locazione conclusa dal venditore, e non da se, compratore, ciò non può derivare se non dall'avere il conduttore acquistato un *jus in re* sulla cosa condotta. E si noti che questo *jus in re* viene acquistato dal conduttore appena la scrittura privata di data certa, o l'atto pubblico, che provano l'esistenza del contratto, sono esarati; per l'articolo 1597 non si addimanda affinchè egli acquisti l'*jus in re*, che il contratto abbia avuto esecuzione mediante il prendimento di possesso della cosa locata per parte del conduttore; è soltanto quando si tratta di locazione, la quale non consti da atto pubblico o da scrittura privata avente data certa, che il conduttore acquista l'*jus in re* mediante l'esecuzione data al contratto, ossia mediante il prendimento *di possesso* (si confronti l'art. 1598 con l'art. 1597). A conferma che il Codice nostro concede un *jus in re* al conduttore sulla cosa locata, stà l'articolo 493, dal quale resulta che la locazione fatta dall'usufruttuario, deve essere, (dentro una certa misura) rispettata dal proprietario, sebbene sia cessato l'usufrutto; ora ne sembra, che se il conduttore non avesse dalla legge un *jus in re*, il proprietario della cosa già usufruita, non sarebbe tenuto a rispettare una convenzione che non fu da lui conclusa, nè dai suoi autori. Conforta sempre più questa idea di un *jus in re* conceduto dalla legge al conduttore, il disposto dell'articolo 1417, il quale dichiara doversi osservare per le locazioni dell'immobile dotale, concluso dal solo marito durante il matrimonio, le stesse regole stabilite per le locazioni fatte dall'usufruttuario. Pare a noi che se il conduttore dell'immobile non avesse dalla legge un *jus in re*, la locazione fatta dal marito solo, dell'immobile dotale, durante il matrimonio, dovrebbe cessare, sciolto il matrimonio. Lo stesso si dica dell'obbligo del venditore di rispettare le locazioni concluse, senza frode, dal compratore con patto di riscatto (art. 1528).

Non si legge in nessun luogo del Codice stabilito espressamente che l'usufruttuario, il legatario, ed il donatario sieno obbligati, alla pari del compratore, a rispettare la locazione conclusa dai loro autori relativamente alle cose immobili, loro respettivamente date in usufrutto legate o donate; ma l'analogia ci persuade a ritenere che essi pure abbiano quest'obbligo. Sarebbe assurdo che quell'obbligo non avesse specialmente il donatario, il quale, senza di quello, esporrebbe il donante suo benefattore, alle azioni in garanzia del conduttore. D'altronde il proprietario, il testatore, ed il donante non pote-

sieno esse corporali o incorporali, mobili o immobili, proprie del locatore od altrui. Nulladimeno fra le cose corporali, obietto del contratto in discorso, possono essere soltanto quelle cose, che con l'uso ed il godimento pel quale sono locate, non si consumano. E valga il vero, il conduttore non acquista il dominio delle cose locate, attalchè gli sia lecito consumarle: egli acquista il diritto di usarne e di goderne per un tempo determinato, scorso il quale, deve restituirle in *specie*. Cose incorporali, che possono essere obietto di locazione e conduzione sono i diritti, verbigrazia di caccia, di pesca, di usufrutto, di enfiteusi ec., ma non le servitù prediali, almeno disgiuntamente dal fondo a cui favore sono costituite. Lice locare, oltre le cose proprie, ancora le altrui, ove se ne abbia l'uso ed il godimento, e non sia vietato cederlo. Efficace è la locazione di una cosa altrui, quand'anche di quella il locatore non abbia il diritto di usare e di godere, o non possa cederlo; perocchè il locatore obbligandosi soltanto a *præstare uti frui licere*, è questa un' obbligazione di cui in astratto è sempre possibile l'esecuzione, eziandio per riguardo ad una cosa sulla quale il locatore, nel tempo del contratto, non abbia alcun diritto. Ove egli non riuscisse a mantenere la promessa, oppure il conduttore soffrisse evizione, con l'*actio conducti* sarebbe astretto ad indennizzarlo (fr. 7, 8, 9, *prin.;* fr. 15, § 8; fr. 33. *Dig. h. t.,* XIX, 2). Sebbene in generale sia nulla la conduzione della cosa *propria* (fr. 15, *Dig. depositi,* XVI, 3; fr. 45, *Dig. de reg. juris,* L, 17), per eccezione il proprietario validamente la conduce allorquando gli manchi il diritto di usarne, di fruirne, o

vano trasmettere all'usufruttuario, al legatario, ed al donatario maggiori diritti di quelli che essi avevano: e non può al proprietario, al testatore, ed al donante essere lecito di fare indirettamente, ciò che direttamente fare non potevano.

L'art. 1571 dispone che le locazioni di immobili non possano farsi per un tempo eccedente i *trent' anni*. Quelle che venissero fatte per un tempo maggiore s' intendono ristrette ai trent' anni, computabili dal giorno in cui ebbero principio. Qualunque patto contrario è di nessuno effetto. Trattandosi di locazione di una casa per abitazione, può pattuirsi che la medesima locazione duri tutta la vita dell'inquilino, e anche sino a due anni dopo. Le locazioni di terreni affatto incolti, che si fanno col patto di dissodarli e di ridurli a cultura, possono anche estendersi a un tempo *maggiore di trent' anni, ma non oltre i cento* (art. 1571).

La locazione che eccede i *nove anni,* non è permessa a coloro, i quali non possono fare se non gli atti di semplice amministrazione (art. 1572).

I contratti di locazione di immobili per un tempo eccedente i nove anni debbono essere fatti per atto pubblico o per scrittura privata, sotto *pena di nullità* (art. 1314, n. 4); e debbono essere resi pubblici mediante la trascrizione (art. 1932, n. 5).

di possederla: perchè verbigrazia altri abbia su quella l'usufrutto o un pegno; e quell'usufruttuario, quel creditore pignoratizio consentano a locargliela (fr. 29, *Dig. quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4; fr. 37, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 35, § 1, *Dig. h. t.*, XIX, 2, *cost.* 20, *Cod. eod.*, IV, 65). È permesso al conduttore subaffittare (*sublocare*) la cosa da lui condotta, quando per espressa convenzione non abbia rinunziato a questo diritto (fr. 60 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIX, 2, *cost.* 6, *Cod. eod.*, IV, 65), [1] e quando il proprietario non vi si opponga per un motivo plausibile (fr. 7; fr. 8; *Dig. h. t.*, XIX, 2, *cit. cost.* 6, *Cod. eod.*, IV, 65); il quale esisterebbe p. e. se la sullocazione della cosa fosse fatta per un uso diverso da quello per cui fu dal proprietario locata. Nonostante che il subconduttore non abbia contrattato col proprietario della cosa, siccome la legge accorda al proprietario un'ipoteca tacita, su tutto quello che il subconduttore introduce o porta nel fondo urbano sullocatogli, così per altra parte autorizza il subconduttore medesimo, a pagare direttamente la pigione al proprietario; e questi non può ricusarla [2] (fr. 7; fr. 8; fr. 24, § 1; fr. 53, *Dig. h. t.*, XIX, 2; fr. 11, § 5, *Dig. de pignor. act.*, XIII, 7).

§ 353. La locazione e conduzione fa sorgere obblighi, tanto nel locatore, quanto nel conduttore. E degli uni e degli altri cade in acconcio il trattare separatamente.

§ 354. *a*) *Obblighi del locatore.* Il locatore è obbligato a fare in guisa, che il conduttore possa usare e godere della cosa; conseguentemente deve:

1) Consegnare al conduttore la cosa locatagli, affinchè ne faccia durante il tempo fissato, l'uso convenuto. [3] Siffatta consegna non trasferisce nel conduttore altro che la mera detenzione della cosa (fr. 25, § 1, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 6, § 2, *Dig. de præcario*, XLIII, 26). La cosa hà da essere consegnata con

[1] Concorda l'art. 1573.

[2] Per l'articolo 1574 il subconduttore non è obbligato verso il locatore che sino alla concorrenza del prezzo convenuto nella sublocazione, del quale sia debitore al tempo dell'intimazione della domanda, senza che possa opporre pagamenti fatti anticipatamente. *Non si reputano* però *anticipati* i pagamenti eseguiti dal subconduttore in conformità della consuetudine dei luoghi. Reciprocamente (almeno a nostro credere) non è il locatore obbligato verso il subconduttore che nei limiti del contratto concluso col conduttore principale; e cessata per qualunque cagione la locazione principale, deve cessare la sublocazione: non potendo il subconduttore vantare maggiori diritti di quelli del principale conduttore.

[3] Concorda l'art. 1575, n. 1.

tutti gli accessori e le pertinenze, che si riferiscono essenzialmente all'uso ed al godimento (fr. 19, § 2; *Dig. h. t.*, XIX, 2).

2° Il locatore deve consegnare la cosa in stato tale, che possa servire all'uso ed al godimento promesso, ed in tale stato deve mantenerla durante tutto il tempo del contratto.[1] Il perchè deve fare alla medesima tutti quei restauri ed acconcimi, che sono indispensabili per servirsene, e che chiamano *grosse riparazioni*; tali sono verbigrazia, quelle relative ai tetti, alle mura, alle fondamenta, alle finestre di un edifizio. (fr. 15, § 1; fr. 25, § 2; fr. 58, § 2, *Dig. h. t.*, XIX, 2; fr. 13, § 6, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 2). Innanzi di consegnare la cosa, deve fare ancora quelle riparazioni di minore rilievo, che dicono *minute*, e le quali poi, durante la locazione e conduzione, fanno carico al conduttore.[2]

3° Il locatore è responsabile dei vizi e dei difetti, che impedissero l'uso ed il godimento della cosa locata (fr. 6, § 4, *Dig. de act. emti*, XIX, 1; fr. 19, § 1, *Dig. h. t.*, XIX, 2);[3] ma questa responsabilità sua non è sempre nella stessa misura. Se conosceva o poteva conoscere quei vizi o difetti, come esempigrazia se consistessero in porosità o fessure nelle botti locate, deve prestare il pienissimo *quid interest* al conduttore (fr. 19, § 1; fr. 33 e 34, *Dig. h. t.*, XIX, 2, *cost.* 28, *Cod. eod.*, IV, 65); ma se li ignorava senza sua colpa: come se avesse ignorato, che sui prati affittati per uso di pascolo, fossero nate erbe venefiche, può essere condannato secondo le circostanze soltanto a subire una riduzione nella quantità del canone, od una remissione totale del medesimo (*cit.* fr. 19, § 1; fr. 30; fr. 35 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIX, 2). Abbenchè il locatore, come già abbiamo detto poco sopra, sia responsabile dell'evizione sofferta dal conduttore (fr. 7, 8, 9 *pr.*; fr. 15, § 8, *Dig. h. t.*, XXI, 2), pur tuttavolta provata la propria buona fede, ed offerta al conduttore altra cosa che possa servirgli in ugual modo di quella evitta, può costringerlo ad accettarla, ed a rispettare il contratto (fr. 9 *pr.*; fr. 28, § 2; fr. 60, *Dig. h. t.*, XIX, 2).

4° Il locatore deve rimborsare il conduttore di tutte le spese *necessarie* che questi ha fatto sulla cosa; non già di quelle *utili* o *voluttuose* fatte senza sua commissione; il locatore per queste

[1] Concordano, l'art. 1575 n. 2, e l'art. 1576.
[2] Concorda l'art. 1576.
[3] Concorda l'art. 1577.

ha l'*jus tollendi* (fr. *un.*, § 3, *Dig. de via publica*, XLIII, 10; fr. 19, § 4; fr. 55, § 1; fr. 61 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIX, 1).

5° Il locatore deve pagare tutte le imposizioni *prediali*, sì ordinarie che straordinarie (fr. *un.*, § 3, *Dig. de via publ.*, XLIII, 10; fr. 39, *Dig. de usufr.*, VII, 1).

6° Il locatore nell'esecuzione delle sue obbligazioni, è responsabile eziandio della colpa leve (*Instit.*, § 5, *h. t.*, III, 24, *cost.* 28, *Cod. h. t.*, fr. 5, § 2, *Dig. commodat.*, XIII, 6), ma non del caso fortuito. Laonde se la cosa locata perisce, o diviene inetta all'uso ed al godimento per cui fu affittata, e questo in conseguenza di un evento imprevedibile, od inevitabile, il locatore non è obbligato a somministrarne un'altra, nè ad indennizzare il conduttore. Per altro il conduttore il quale non può godere ed usare di quella cosa, per l'accennato motivo distrutta o resa inservibile, non è tenuto a pagare la pigione, se non che in proporzione dell'uso e del godimento, che ha potuto fare della cosa locatagli; e se quest'uso e questo godimento non furono affatto possibili, non è obbligato a pagare somma alcuna[1] (fr. 9, § 1 e 4; fr. 15, § 2, 3, 7; fr. 19, § 6; fr. 25, § 2; fr. 27 *pr.*; fr. 28, § 2; fr. 30, *pr.*; fr. 33, *in f.*; fr. 60 *pr.*, *Dig. h. t.*, XIX, 2). Parrebbe a prima giunta, che il conduttore dovesse pagare la pigione, ancor quando non potesse godere della cosa locatagli e che fu distrutta per caso fortuito, perocchè sembri coerente ai principii generali, che l'inesecuzione dell'obbligazione del locatore, cioè di *præstare uti frui licere*, non essendogli imputabile, non autorizzi il conduttore a non eseguire la sua, di pagare cioè la pigione. Ma è giuoco forza persuadersi del contrario, quando si rifletta che nel contratto di locazione e conduzione, il conduttore non si fa promettere un *oggetto già esistente*, sibbene *futuro*; infatti egli si fa promettere l'uso ed il godimento di una cosa, e quest'uso e godimento è *un che di futuro*: laonde la pigione non è dovuta dal conduttore fino da principio del contratto, ma soltanto, *quando ed a misura che* l'obietto futuro diviene *presente*, acquista *entità*: in altri termini, quando ed a misura che il locatore procura al conduttore l'uso ed il godimento promessi.[2]

[1] Concorda l'art. 1578.

[2] L'articolo 1579 dispone che il locatore non possa, durante la locazione, mutare la forma della cosa locata. Crediamo che per quest'articolo *qualunque sia pur leggiero* cambiamento venga proibito. Se durante la locazione la cosa locata abbisogna di riparazioni urgenti, e che non possano differirsi fino al

§ 355. *b*) *obblighi del conduttore*. Il conduttore, di fronte al diritto che ha di usare e godere della cosa, e di acquistarne i frutti mediante la percezione, ha gli obblighi seguenti:

1° Di pagare esattamente la pigione, unitamente agli interessi, nel caso di mora (fr. 54, *Dig. h. t.*, XIX, 2; fr. 17, § 4, *Dig. de usuris*, XXII, 1 *cost.* 2 *e* 17, *Cod. h. t.*, IV, 65).[1] Tal pagamento, ripetiamolo, è dovuto a condizione ed in proporzione del godimento della cosa; se dunque il conduttore per caso fortuito fu privato dell'uso o del godimento della cosa sia totalmente, sia parzialmente, la pigione subisce remissione o riduzione. Egli è per questo, che il colono può ottenere una riduzione del fitto, se la raccolta dei frutti fu, in conseguenza di caso fortuito, notabilmente minore di quanto doveva aspettarsi che fosse: riduzione che è proporzionata alla perdita sofferta dal colono (fr. 15, § 2, 7, *Dig. h. t.*, XIX, 2). Siffatta riduzione di canone, può esigersi solamente quando il danno risentito dal conduttore sia *considerevole* (fr. 25, § 6, *Dig.*

termine del contratto, il conduttore deve soffrire, qualunque sia, l'incomodo che gli arrecano, quantunque nel tempo che si eseguiscono resti privo di una parte della cosa locata. Se però tali riparazioni continuano *oltre venti giorni*, viene diminuito il prezzo della locazione proporzionatamente al tempo ed alla parte della cosa locata di cui il conduttore è rimasto privo. Se le riparazioni sono di tale natura che rendano inabitabile quella parte che è necessaria per l'alloggio del conduttore e della sua famiglia, si può, secondo le circostanze, far luogo allo scioglimento del contratto (art. 1580, col quale concordano i fr. 15, § 1; fr. 25, § 2; fr. 27 *pr.*; fr. 30, 33, 34, 35, *Dig. locati*).

Il locatore non è tenuto a garantire il conduttore delle molestie che terze persone *con vie di fatto* arrecano al suo godimento, quando però non pretendano qualche *diritto* sulla cosa locata, salva al conduttore la facoltà di agire contro di esse in suo proprio nome (art. 1581). Per diritto Romano il locatore non era obbligato a risarcire il danno che con vie di fatto avessero arrecato terze persone al conduttore; ma questi aveva il diritto di abbandonare la cosa locatagli, sì per giusto timore, come per impotenza a resistere alle violenze di cui era passivo; e non era obbligato a pagare la pigione se non in proporzione del tempo del suo godimento (fr. 13, § 7; fr. 27, § 1; fr. 33 *in f.*; fr. 34 e 35, *Dig. locati*, e *cost.* 12, *Cod. eod.*).

Se al contrario il conduttore è stato molestato nel suo godimento in conseguenza di un'*azione relativa alla proprietà della cosa*, esso ha diritto ad una diminuzione proporzionata sul prezzo della pigione o del fitto, purchè la molestia e l'impedimento sieno stati denunziati al locatore (art. 1581, capoverso). Per diritto Romano l'inquilino o l'affittuario dovevano in questi casi denunciare la molestia al locatore, al quale incombeva l'obbligo di farla cessare sotto pena della refusione dei danni e interessi (fr. 7, 8, 9, 24, § 4; fr. 33 *in f.*, *Dig. locati*).

Se quelli che hanno cagionato molestie *con vie di fatto* pretendono di avere *qualche diritto* sulla cosa locata, o se il conduttore è citato in giudizio per essere condannato a rilasciare la cosa in tutto o in parte, o a soffrire l'esercizio di qualche servitù, egli deve chiamare il locatore nello stesso giudizio per essere rilevato dalle molestie; e se lo chiede, deve essere posto fuori di causa, anche solo indicando il locatore nel cui nome possiede (art. 1582, col quale concordano la *cost.* 2, *Cod. ubi in rem*, ed il fr. 3, § 8 e 12, *Dig. de acq. vel amitt. poss.*)

[1] Concorda l'art. 1583, n° 2.

h. t., XIX, 2), e dipenda da un caso *straordinario, imprevedibile* ed *inevitabile* (fr. 15, § 2, *Dig. h. t.*, XIX, 2), *il quale colpisca i frutti prima della percezione* (fr. 78, *Dig. de reivind.*, VI, 1, *cost.* 1, *Cod. h. t.*, IV, 65). Se il danno fu leggiero o modico, déve essere sofferto dal conduttore: *modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur* (*cit.* fr. 25, § 6, *h. t.*).[1] Qualora la locazione e conduzione fosse stata conclusa per più anni consecutivi, il difetto nella raccolta di un anno si compensa con l'eccesso della raccolta di un altro: talchè è allo spirare dell'affitto, che è dato decidere se havvi o no luogo a riduzione (fr. 15, § 4, *Dig. h. t.*, XIX, 2, *cost.* 8, *Cod. eod.*, IV, 65).[2] Ove il danno fosse derivato non da un caso *straordinario impreveduto ed inevitabile,* ma da un evento comune, solito ad avvenire, (per esempio una inondazione in un terreno limitrofo ad un torrente, solito a straripare) vuolsi ritenere come preveduto dalle parti, e calcolato nello stabilire la quantità della pigione. Percetti i frutti dal conduttore, questi sono a suo rischio, perchè l'obbligazione del locatore è compiuta, onde la pigione è dovuta irrevocabilmente dal conduttore; appunto perciò abbiamo detto, che la riduzione del fitto può conseguirsi soltanto quando il danno relativo ai medesimi siasi verificato prima della loro percezione.

2° Il conduttore deve servirsi della cosa locatagli convenientemente, e per l'uso determinato, altrimenti egli è responsabile perfino del danno derivato alla medesima da caso fortuito (fr. 11, § 1, § 4; fr. 13, § 3; fr. 25, § 3; fr. 29, *Dig. h. t.*, XIX, 2).[3]

3° Non lice al conduttore abbandonare la cosa prima del tempo stabilito per la durata del contratto (fr. 55, § 2, *Dig. h. t.*, XIX, 2), ammenochè per qualche singolare emergenza non gli fosse più dato servirsene e goderne tranquillamente; ma anche in tali emergenze, deve preventivamente farne avvisato il locatore (fr. 13, § 7, *Dig. h. t.*, XIX, 2).

4° Spirato il termine del contratto, deve restituire senza indugio la cosa al locatore nello stato in cui si trova, dopo l'uso ed il godimento fattone in conformità del contratto, e senza guasti

[1] I canonisti hanno qui applicato le regole della lesione, ed insegnano, che per ottenere riduzione del fitto, la perdita dei frutti deve almeno giungere alla metà. (*Decret. Gregor.*, lib. 3, tit. 18, c. 3, *propter sterilitatem.*)
[2] Concorda l'art. 1617.
[3] Concordano gli art. 1583 e 1584.

o deterioramenti imputabili a lui conduttore.[1] Se si rifiuta, a restituirla, è per diritto Romano passibile delle pene, che la legge commina a chi si impadronisce violentemente di una cosa, che non gli appartiene, (*cost.* 34, *Cod. h. t.*, IV, 65, *cost.* 10, *Cod. unde vi*, VIII, 4). Non è permesso al conduttore ritenerla, allegando qualsiasi diritto sulla medesima: prima deve restituirla, poi far valere i diritti che possono competergli (*cost.* 25, *Cod. h. t.*, IV, 55).

5° Il conduttore, nell'esecuzione delle sue obbbligazioni, è responsabile di qualunque colpa, anche leggera (*Instit.*, § 5, *h. t.*, IV, 24; fr. 5, § 2, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 9, § 4, *Dig. h. t.*, XIX, 2; fr. 23, *Dig. de reg. juris*, L, 17, *cost.* 28, *Cod. h. t.*, IV, 65). È responsabile del danno derivato alla cosa da caso fortuito, se assunse per esplicita convenzione quella responsabilità, o se quel caso fortuito andò congiunto col dolo o con la colpa sua, *casus dolo vel culpa determinatus*, o finalmente se nel

[1] Per l'articolo 1585, il conduttore deve restituire la cosa nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, in conformità della descrizione che ne sia stata fatta fra esso ed il locatore; ad eccezione di ciò che fosse perito o deteriorato per vetustà o forza maggiore (concordano il fr. 9, § 4, *Dig. locati*, e la *cost.* 25, *Cod. eod.*).

Se non si è proceduto alla descrizione dello stato della cosa locata, si presume che il conduttore l'abbia ricevuta in buono stato di riparazioni locative, e deve restituirla nella stessa condizione, salva la prova in contrario (art. 1586).

Il conduttore è tenuto, sotto pena de' danni e delle spese, ad avvertire prontamente il locatore delle usurpazioni che si commettessero sulla cosa locata (art. 1587).

Il conduttore è obbligato pei deterioramenti e per le perdite che avvengono durante il suo godimento, quando non provi che sieno avvenute senza sua colpa (concorda il fr. 9, *Dig. locati*, § 4). È pure obbligato pei deterioramenti e per le perdite cagionate dalle persone della sua famiglia o dai suoi subconduttori (art. 1588). Quest'ultima disposizione molto severa si allontana dal diritto Romano, il quale ammetteva è vero la responsabilità del conduttore anche per le persone che riceveva od ospitava in casa, ma soltanto quando fosse stato in colpa per averle ricevute od ospitate (fr. 11, *Dig. locati*).

Per l'articolo 1589, il conduttore è obbligato per l'incendio, quando non provi che è avvenuto per caso fortuito, o forza maggiore, o per difetto di costruzione, o *nonostante la diligenza solita ad usarsi da ogni accurato padre di famiglia*; o che il fuoco si è comunicato da una casa, o da un fondo vicino (concordano i fr. 3, *Dig. de off. præf. vigil.*; fr. 11, *Dig. de peric. et commod.*; fr. 11, § 1; fr. 9, § 3, *Dig. locati*). – Basta insomma per esonerare il conduttore, che provi che non fu in colpa.

Se una casa è abitata da più inquilini, tutti sono obbligati per l'incendio in concorso col locatore, ove anch'esso vi abiti: e *ciascuno in proporzione del valore della parte da esso occupata*; eccetto che provino che l'incendio è cominciato nell'abitazione di uno di essi, nel qual caso questi solo deve esserne responsabile; o che alcuno di essi provi che l'incendio non ha potuto cominciare nella sua abitazione, nel qual caso questi non è responsabile (art. 1590). Questi più inquilini non sono dunque obbligati *solidalmente* per l'incendio; bensì sono obbligati *tutti*; ma ciascuno in proporzione del valore della parte da esso occupata.

momento in cui quel danno casuale si verificò, usava della cosa contro la legge del contratto.[1]

§ 356. Meritano esame le *cause per le quali si scioglie la* locazione e conduzione di cose. Possono ridursi alle seguenti:

1° Lo spirare del termine apposto alla durata del contratto;[2] qualora termine non fosse stato apposto, lice ad ognuno dei contraenti rinunziarvi quando vuole (fr. 54, § 1; fr. 56, *Dig. h. t.,* XIX, 3, *Nov.* 120, *cap.* 8). Spirato il termine, possono le parti rinnovare il contratto, sì espressamente che tacitamente; ciò si dice ricondurre, *reconducere.* La *tacita riconduzione,* che si verifica allorquando il conduttore, spirato il termine, seguita ad usare e godere della cosa senza opposizione del locatore, si presume conclusa con le condizioni stesse della primitiva conduzione (fr. 13, § 11; fr. 14, *Dig. h. t.,* XIX, 2, *cost.* 16, *Cod. eod.,* IV, 65). La durata della riconduzione tacita è di un anno per i fondi rustici, perchè in questo giro di tempo è possibile al conduttore raccogliere tutti i frutti del fondo: per i fondi urbani quella durata dipende dall'arbitrio delle parti, perocchè sia protratta fino alla disdetta dell'una di esse all'altra. (fr. 13, § 11, *Dig. h. t.,* XIX, 2); eccettuato il caso, che le parti stesse avessero precedentemente fissato un termine in previsione della possibile riconduzione: *nisi in scriptis certum tempus conductionis comprehensum est.* Del rimanente su tutta questa materia bisogna stare alle consuetudini locali, che hanno forza di legge (*cost.* 19, *Cod. locati,* IV, 65). Tacita riconduzione non può ammettersi che di fronte ad un conduttore sano di mente, e presente (fr. 14, *Dig. h. t.,* XIX, 2). Essa è un nuovo contratto, non già una continuazione dell'antico (fr. 13, § 11, *Dig. eod.*).

2° Pel non pagamento della pigione, durante due anni (fr. 54, § 1, fr. 56, *Dig. locati,* XIX, 2, *Nov.* 120, *cap.* 8); e durante un anno nelle locazioni del fisco, se il conduttore è insolvente (*cost.* 2, *Cod. de fund. rei priv.,* XI, 65).

3° Per abuso o malversazione della cosa locata.[3] Il conduttore che trascurasse la cultura del fondo, o che si servisse dell'abitazione in maniera turpe, pericolosa per la medesima (*cost.* 3,

[1] Concordano gli art. 1620, 1621, 1672.
[2] Concorda l'art. 1591.
[3] Concorda l'art. 1584.

Cod. h. t., IV, 65. *Nov.* 120 *cap.* 8, *argom.*; fr. 7, *Dig. de usu et habit.*, VII, 8) può essere espulso.

4° Per bisogno che il locatore dimostrasse di avere dell'abitazione locata, bisogno urgente, sopravvenutogli in modo imprevedibile (*cost.* 3, *Cod. h. t.*, IV, 65).[1]

5° Per necessità di restauri alla cosa locata, incompatibili con l'uso e col godimento della medesima (fr. 27, 30, 35, *Dig. h. t.*, XIX, 2, *cost.* 3, *Cod. h. t.*, IV, 65).[2]

6° Per la sopravvenuta inettitudine della cosa agli usi pei quali fu condotta: a mo'di esempio, se ad un quartiere preso per studio da un pittore fosse oscurata la luce da costruzioni inalzate da un vicino (fr. 25, § 2, *Dig. h. t.*, XIX, 2): o pel pericolo che essa facesse correre al conduttore, verbigrazia di imminente rovina, o di incursioni nemiche (fr. 27, § 1, *Dig. h. t.*, XIX, 2, fr. 28, e 33, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 3).

7° Per la vendita, per la donazione, o pel legato che il proprietario facesse della cosa locata, non che per la sottoposizione della medesima alla servitù personale dell'usufrutto (*cost.* 9, *Cod. h. t.*, IV, 65; fr. 25, § 1, *Dig. eod.*, XIX, 2; fr. 120, *Dig. de leg.*, I, (30); fr. 32, *Dig. h. t.*, XIX, 2; fr. 59, § 1, *Dig. de usufr.*, VII, 1); imperocchè il diritto del conduttore resultante dal contratto di locazione e conduzione, non sia un *jus in re*, che seguiti la cosa in qualunque mano essa venga a passare: è invece un diritto emergente da un rapporto obbligatorio, che colpisce la persona e non la cosa, e che deve cedere a dei diritti patrimoniali reali. Senonchè, in tali casi il conduttore rimane anch'esso sciolto dal contratto, perchè non l'ha concluso col compratore, col donatario, col legatario, con l'usufruttuario; e di più ha il diritto di essere indennizzato dal locatore, che l'ha posto nel caso di essere espulso (fr. 32, *Dig. h. t.*, XIX, 2; fr. 120, § 2, *Dig. de legat.*, 1, 30). Un'ipoteca, che il conduttore si facesse costituire dal locatore, in garanzìa del patto di non essere espulso, o del patto *de non alienando*, non darebbe al conduttore altro vantaggio, che di potere in via ipotecaria conseguire la dovutagli indennità.[3]

[1] Discorda il Codice, vedi art. 1612. « ivi » Il locatore non può sciogliere il contratto, ancorchè dichiari di volere abitare egli stesso la casa locata, se non vi è patto in contrario.
[2] Concorda l'art. 1580, capoverso 2.
[3] Discorda intieramente su questo proposito il Codice nostro. Vedi nota al § 352.

8° Per la cessazione del diritto del locatore; è qui applicabile il principio, *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.* Esempigrazia, alla morte dell'usufruttuario cessa la locazione e conduzione, che egli ha concluso sulla cosa usufruita (fr. 9, § 1, *Dig. h. t.,* XIX, 2; fr. 59, § 1, *Dig. de usufructu,* VII, 1): perocchè il conduttore sapeva a che si esponesse contraendo un affitto con un usufruttuario, il cui diritto si estingue con la sua morte.[1] Gli eredi, sì del conduttore che del locatore, sono tenuti a rispettare le obbligazioni dei respettivi loro autori, conciossiachè ne rappresentino la persona,[2] e succedendo nell'universo gius dei medesimi, come godono dei loro diritti, così soggiacciono a tutti i loro doveri giuridici (*Instit.,* § 6, *h. t.,* III, 24; fr. 19, § 8, *Dig. h. t.,* XIX, 2, *cost.* 10, *Cod. eod.,* IV, 63).[3]

[1] Discorda il Codice, art. 493.
[2] Concorda l'art. 1596.
[3] L'articolo 1591 dispone che la locazione fatta *per un tempo determinato* cessa di diritto con lo spirare del termine stabilito, senza che sia necessario di dare la licenza (concorda il fr. 11, § 3, il fr. 31, il fr. 39, *Dig. locati,* e le *cost.* 17 e 25, *Cod. eod.*) Quest'articolo non distingue se la locazione resulta da un atto scritto o no.-Se fu intimata la licenza, il conduttore, ancorchè abbia continuato nel suo godimento, non può opporre la tacita riconduzione (art. 1593).

Spirato il termine stabilito nel contratto di locazione, se il conduttore rimane od è lasciato in possesso, si ha per rinnovata la locazione, il cui effetto è regolato dalle disposizioni relative alle locazioni fatte senza determinazione di tempo; (art. 1592) delle quali parleremo fra breve.

Nel caso di tacita riconduzione la sicurtà, ossia il fideiusssore dato per la locazione, non è obbligato durante la prolungazione del termine (art. 1594); e ciò perchè la tacita riconduzione non è un prolungamento dell'antico contratto, bensì è un contratto nuovo. Lo stesso avveniva per la legislazione romana (fr. 13, § 11, *Dig. locati*). Senonchè per quella legislazione le ipoteche ed i pegni che il conduttore aveva dato *sulle cose proprie,* continuavano a sussistere eziandio per la nuova locazione (cit. fr. 13, § 11), essendochè si presumesse che le parti avessero voluto nel concludere il nuovo contratto, rispettare le condizioni tutte dell'antico. Ciò non varrebbe oggi per le ipoteche, imperocchè l'ipoteca convenzionale non può derivare da un consenso tacito o presunto, bensì dal consenso manifestato in un atto pubblico o in una scrittura privata (art. 1978).

L'articolo 1595 confermato il principio romano, che l'ipoteca si scioglie quando la cosa è totalmente perita, nel capoverso aggiunge: che se una delle parti manca alle sue principali obbligazioni, si può dall'altra chiedere la risoluzione del contratto in conformità dell'articolo 1165.

Ricordiamo che obbligazioni principali del locatore sono: 1° consegnare la cosa locata; 2° mantenerla in istato di servire all'uso per cui venne locata; 3° garantirne al conduttore il pacifico godimento per tutto il tempo della locazione (art. 1575); ed obbligazioni principali del condottore sono: 1° servirsi della cosa locatagli, da buon padre di famiglia e per l'uso determinato nel contratto, o in mancanza di convenzione, per quello che può presumersi secondo le circostanze; 2° pagare il prezzo della locazione nei termini convenuti (art. 1583.)

Ricordiamo altresì che per l'articolo 1165 la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui, una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Senonchè il contratto non è sciolto di diritto. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento dell'obbligazione quando sia possibile, o di domandarne

2° *Locazione e conduzione di opere.*

§ 357. La locazione e conduzione di opere esiste in due maniere, cioè:

a) Vengono locate le opere in qualità di domestico, o di operaio a giornata.

giudizialmente lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi.

Ciò ricordato resulta evidente, che pel Codice nostro non vi sarebbe bisogno, come bisogno vi era per diritto Romano (fr. 54, § 1; fr. 56, *Dig. locati, Nov.* 129, cap. 8), di aspettare che il conduttore si facesse insolvente durante due anni, per ottenere lo scioglimento del contratto; potrebbe invece il conduttore, invocando l'art. 1165, chiedere al giudice che lo dichiarasse sciolto; e quando il giudice stesso non reputasse conveniente concedere al convenuto una dilazione in vista delle circostanze del caso (cit. art. 1165, capoverso 2°) il contratto potrebbe essere subito sciolto. Ma ove il contratto contenesse espressa la clausula risolutiva, il giudice non potrebbe accordare dilazioni.

Nella nota (1) al § 352 abbiamo detto come in forza degli articoli 1597 e 1598 la vendita della cosa locata operata dal locatore non sciolga la locazione. Abbiamo avvertito che se il locatore vende la cosa locata, il compratore è tenuto a stare alla locazione, quando questa sia *anteriore alla vendita*, e consti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa, semprechè il locatore stesso non siasi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita (art. 1597). Abbiamo soggiunto, che quantunque il conduttore non abbia un atto pubblico od una scrittura di data certa, se il *suo possesso è anteriore alla vendita*, il compratore è tenuto a lasciarlo continuare per tutto quel tempo per cui si intendono fatte le locazioni senza determinazione di tempo (art. 1958). Ora aggiungiamo, che nel caso in cui il compratore voglia licenziare il conduttore dopo il detto tempo, è inoltre tenuto a renderlo avvertito, nel termine stabilito dalle consuetudini del luogo per le denunzie di licenza (art. 1598, capoverso).

Se nel contratto di locazione si è convenuto che nel caso di vendita il compratore possa licenziare il conduttore, questi non ha diritto ad alcuna indennità nè verso il locatore, nè verso il compratore, salvo che siasi pattuito il contrario (art. 1599).

Il compratore che vuole fare uso della facoltà riservata nel contratto, di licenziare il conduttore in caso di vendita, è tenuto a renderne anticipatamente avvertito il conduttore nel tempo fissato dalla consuetudine del luogo per le denunzie di licenza (art. 1600.) L'affittuario dei beni rustici deve essere avvertito *almeno un anno prima* (cit. art. 1600, capoverso).

Il conduttore licenziato dall'acquirente in mancanza di locazione per atto autentico o per iscrittura privata avente data certa, ha diritto al risarcimento dei danni verso il locatore (art. 1601).

Il Codice nostro, oltre questi principii generali sulla locazione e conduzione di cose, contiene regole particolari sulla locazione delle case, e sulla locazione dei fondi rustici, le quali andiamo a riferire nell'ordine che ci pare migliore: Nella locazione delle case il conduttore inquilino è specialmente obbligato:

1° A fornire la casa di mobili sufficienti, o a dare cautele bastanti ad assicurare la pigione; altrimenti può essere licenziato (art. 1603).

2° Alle riparazioni di piccola manutenzione, determinate dalla consuetudine dei luoghi, e fra le altre alle seguenti: riparazioni ai frontoni, focolari, stipiti ed architravi dei camini; incrostamento del basso delle muraglie negli appartamenti e negli altri luoghi di abitazione, fino all'altezza di un metro dal pavimento; riparazioni al pavimento ed ai quadrelli delle stanze quando alcuni solamente di essi sieno rotti; riapposizione dei vetri e cristalli eccetto

b) Viene impresa da qualcheduno a cottimo, per un prezzo determinato, l'esecuzione di un dato lavoro, obbligandosi a con-

che sieno rotti dalla grandine, o per qualche altro accidente straordinario o di forza maggiore, per cui l'inquilino non sia responsabile; riattamento alle impòste degli usci, ai telai delle finestre, alle tavole dei tramezzi o alle impòste delle botteghe, ai cardini, ai chiavistelli e alle serrature (art. 1604). Lo spurgamento dei pozzi e delle latrine è a carico del locatore (art. 1606). Si avverta per altro, che non sono a carico dell'inquilino quelle fra le suddette riparazioni che sieno cagionate da vetustà o da forza maggiore (art. 1605).

3° Risolvendosi il contratto per colpa dell'inquilino, questi è obbligato a pagare la pigione pel tempo necessario per trovare da concludere una nuova locazione, ed a risarcire i danni che fossero derivati dall'abuso della casa locata (art. 1611).

Regole speciali sulla durata della locazione delle case e dei mobili sono le seguenti:

1° Il locatore non può (come poteva per diritto Romano in forza della famosa *cost. æde* 3, *Cod. de locat. et. cond.*) sciogliere il contratto pel sopravvenuto bisogno di abitarla da sè, se non vi è patto che a ciò l'autorizzi (art. 1612). E quando a ciò fosse autorizzato dal patto, il locatore è tenuto a dare anticipatamente la licenza all'inquilino, nel tempo fissato dalle consuetudini del luogo (art. 1613).

2° La locazione dei mobili somministrati per l'addobbo di una casa intiera, di un appartamento, di una bottega o di qualunque altro edifizio, si considera fatta per quel tempo che secondo la consuetudine dei luoghi, sogliono ordinariamente durare le locazioni delle case, degli appartamenti, delle botteghe e degli altri edifizi (art. 1607).

3° La locazione di un appartamento mobiliato si intende fatta ad anno, se la pigione è pattuita a un tanto per anno; a mese, se è pattuita a un tanto per mese; a giorno, se è pattuita a un tanto per giorno. Non essendovi circostanza atta a provare che la locazione è stata fatta ad anno, a mese o a giorno, si intende fatta secondo l'uso dei luoghi (art. 1608). In quest'articolo, come nel precedente, la legge stabilisce delle presunzioni che dovrebbero cedere ad una prova in contrario.

4° La locazione fatta senza determinazione di tempo, vieta alle parti contraenti di darsi reciprocamente licenza, senza osservare i termini stabiliti dalle consuetudini dei luoghi (art. 1609).

5° La continuazione nel godimento della casa o dell'appartamento, dopo che è spirato il termine fissato per la locazione, senza opposizione per parte del locatore, si interpreta per tacita rilocazione alle stesse condizioni, e pel tempo determinato dalla consuetudine; attalchè non può il conduttore venire licenziato o licenziarsi, se non dopo una licenza data nel tempo stabilito dalla stessa consuetudine (art. 1610).

Nelle locazioni de' fondi rustici gli obblighi particolari del conduttore sono:

1° Fornire il fondo rustico del bestiame e degli arnesi necessari alla coltivazione, sotto pena di vedere sciolto l'affitto;

2° coltivare non interrottamente il fondo da buon padre di famiglia, e non impiegarlo a uso diverso da quello per cui fu destinato (art. 1615);

3° riporre le raccolte nei luoghi a tal fine destinati nel contratto di locazione (art. 1616);

4° lasciare all'affittuario che cessa, ed al quale egli succede nell'affitto, gli opportuni fabbricati e gli altri comodi occorrenti pel consumo dei foraggi e per le raccolte che restano a farsi; ed al cessare del proprio affitto, lasciare all'affittuario che gli succede nella coltivazione, i fabbricati opportuni e gli altri comodi occorrenti pe' lavori dell'anno susseguente (art. 1625); e lasciargli altresì la paglia, lo strame, ed il concime dell'annata, se li ha ricevuti al principio dell'affitto; se non li ha ricevuti, il locatore può ritenerli secondo la stima (art. 1626).

Il Codice nostro, seguitando in questo i principii del diritto Romano (vedi il testo alle presenti note al § 355 di questo II volume), accorda al conduttore di fondi rustici il diritto di esigere una *riduzione* ed anche una *remissione* del

durlo a termine. Nel primo caso esiste *locatio, conductio operarum*, nel secondo *locatio, conductio, seu redemptio operis*. Nel primo caso *locatore* è chi promette l'opera, *conduttore* chi promette la mercede. Nel secondo caso, le parti rivestono, ciasceduna alla sua volta, il carattere di locatore e di conduttore. Ed in vero, chi

fitto, seper casi fortuiti viene a perire parte notevole della raccolta o l'intiera raccolta. L'articolo 1618 infatti fissa il principio che l'affittuario, sia l'affitto pure concluso per un anno solo, qualora venga a perdere *totalmente* o *almeno la metà* della raccolta, per caso fortuito, possa ottenere una diminuzione proporzionata del fitto; e l'articolo 1617 stabilisce, che se l'affitto è fatto per più anni, e durante il medesimo la *totalità*, o *almeno la metà* della raccolta di un anno perisce per casi fortuiti, l'affittuario può domandare una *riduzione del fitto*, eccettochè sia compensato dalle precedenti raccolte; e se non è compensato non si fa luogo a determinare la riduzione che alla fine dell'affitto; nel qual tempo si fa un conguaglio coi frutti raccolti in tutti gli anni dell'affitto medesimo. Ma l'autorità giudiziaria può frattanto dispensare temporaneamente l'affittuario dal pagamento di una parte del fitto, in proporzione del danno sofferto (art. 1617.)

Ma o l'affitto sia stato concluso per un anno solo o più, l'affittuario non può pretendere riduzione di fitto nei casi seguenti:

1° Se la perdita non arriva almeno *alla metà* della raccolta dei frutti (art. 1617, 1618). Si osservi che la legge parla di *quantità* di frutti, non di *valore*. L'alto prezzo dei pochi frutti raccolti, non potrebbe dunque tenersi a calcolo.

2° Se la perdita dei frutti accade *dopo che sono separati* dal suolo, eccetto che il contratto assegni al locatore una quota dei frutti in natura; nel qual caso questo deve soggiacere alla perdita per la sua parte, semprechè il conduttore non fosse in colpa. nè in mora per la consegna al locatore della sua porzione dei frutti (art. 1619).

3° Se la causa del danno sussisteva ed era nota al tempo in cui fu stipulato l'affitto (art. 1619, capoverso).

4° Se il conduttore o affittuario con espressa convenzione si è assoggettato ai casi fortuiti (art. 1620). Tale convenzione non si intende fatta che pei casi *fortuiti ordinari*, come la grandine, il fulmine, la brina. Essa non si intende fatta pe' casi fortuiti straordinari, come le devastazioni della guerra, o un'inondazione a cui non sia d'ordinario sottoposto il paese, eccettochè l'affittuario siasi assoggettato a tutti i casi *fortuiti preveduti ed impreveduti* (art. 1621). Ma anche se l'affittuario si fosse così assoggettato, noi crediamo che non gli farebbero carico i danni derivati da casi fortuiti che colpissero non soltanto i frutti, bensì ancora la sostanza del fondo.

Regole speciali sulla durata delle locazioni dei fondi rustici sono le appresso:

1° L'affitto di un fondo rustico senza determinazione di tempo, si reputa fatto pel tempo che è necessario affinchè l'affittuario raccolga tutti i frutti del fondo locato (art. 1622).

2° L'affitto di terreni colti, quando sono divisi in porzioni coltivabili alternativamente, si reputa fatto per tanti anni quanto sono le porzioni (art. 1622, capoverso).

3° L'affitto dei fondi rustici, quantunque fatto senza determinazione di tempo, cessa di diritto collo spirare del tempo per cui s'intende fatto, a norma dell'articolo 1622, (art. 1623).

4° Se allo spirare dell'affitto dei fondi rustici, fatto per tempo indeterminato, l'affittuario continua ed è lasciato in possesso, ne resulta un nuovo affitto, l'effetto del quale è determinato dall'articolo 1622, (art. 1624).

Qualora in un contratto di affitto si dia ai fondi una maggiore o minore estensione di quella che realmente hanno, non si fa luogo alla diminuzione o all'aumento del fitto che nei *casi*, nel *termine*, e secondo le *regole* spiegate nel titolo della vendita (art. 1614).

promette l'opera sua, è relativamente alla medesima locatore, mentre relativamente al lavoro impreso a fare, è conduttore; e viceversa, chi promette la mercede, relativamente al lavoro è locatore, e relativamente all'opera promessagli è conduttore (fr. 13, § 1; fr. 22, § 2; fr. 25, § 7; fr. 36, *Dig. h. t.*, XIX, 2). Il fatto, obietto della locazione e conduzione di opere, deve essere *lecito, stimabile, a contanti*, e per sua indole *mercenario*. Per cotal guisa sono esclusi:

1° quei fatti, che non costituiscono un'industria speciale, p. e. le manomissioni dei servi:

2° quei fatti, che per la loro dependenza da una professione liberale, sono retribuiti con *onorario*, non già con salario o mercede; tali sarebbero i servigi, che nell'esercizio della respettiva loro professione, prestano i causidici, i medici etc. (fr. 1, § 6, 7, 11; *Dig. de extraord. cognit.*, L, 13). La retribuzione di questi servigi non si può esigere con l'*actio locati,* sibbene in una *extraordinaria cognitio*. Per la validità della locazione e conduzione di opere addimandasi che l'obbligo assunto di prestare un servigio, non sia perpetuo: *jus libertatis non debet infringi* (fr. 71, § 2, *Dig. de condit. et demonstrat.*, XXXV, 1).[1]

§ 358. Vogliönsi ora esaminare separatamente gli effetti della *locatio et conductio operarum,* e gli effetti della *redemptio operis*:

a) Nella *locatio et conductio operarum* il locatore, la persona cioè che deve le opere, devo prestarle, e nel modo e nel tempo stabiliti, sotto pena di indennizzare il conduttore. Di regola è obbligato a prestarle personalmente, nè può farle eseguire ad un altro, ammenochè non sia stato convenuto il contrario, o non si tratti di tali opere per cui l' abilità particolare del locatore sia affatto indifferente. Ove per un caso fortuito, egli sia nella impossibilità di prestare in tutto od in parte le opere promesse, non è obbligato ad indennizzare il conduttore, perchè *impossibilium nulla est obligatio;* ma per altra parte egli non potrà esigere la mercede, se non quando avrà prestato delle opere, e la potrà esigere in proporzione della prestazione. La ragione ne è evidente: la mercede gli è dovuta sotto la condizione della prestazione delle opere, queste non prestate, o prestate parzialmente, mercede non gli si deve, o gli si deve soltanto in parte (fr. 15, § 6 e fr. 9, § 1, *Dig. h. t.*, XIX, 2). Ma *si per locatorem non stetit, quominus*

[1] Concorda l'art. 1628.

operas præstet, in altre parole, se il conduttore non potè farlo lavorare, gli deve pagare la mercede, perchè questo locatore era pronto a prestare le opere, ed è dipeso dal conduttore se prestate non furono. È vero che la mercede era dovuta sotto la condizione che le opere fossero prestate, ma una condizione si reputa adempiuta, quando il suo adempimento è impedito da chi, pel medesimo doveva rimanere obbligato (fr. 19, § 9; fr. 38, *Dig. h. t.*, XIX, 2). Tuttavolta, se quel locatore di opere, trova da impiegarle altrove, e non rimane così senza lavoro, deve diffalcare dalla mercede promessagli, il guadagno che da quel lavoro ritrarrà.

b) Nella *redemptio operis,* il lavoro può essere eseguito sia personalmente dall' impresario, sia da altra persona cui egli lo affidi: quello che viene promesso non essendo tanto il lavoro personale, quanto il resultato compiuto del medesimo (fr. 5, § 1, *Dig. de verb. signif.,* L, 16). La sostituzione di persona è dunque qui per regola ammessa, e solamente per eccezione viene esclusa da un patto esplicito, o dalla volontà presunta delle parti: come se per un'opera di belle arti si fosse contratto con un artista famoso (fr. 48, *Dig. h. t.,* XIX, 2; fr. 38, § 21, *Dig. de verb. obligat.,* XLV, 1; fr. 31, *Dig. de solut.,* XLVI, 3). Il danno cagionato da caso fortuito, da forza maggiore, ad un' opera impresa, in generale non ricade sull' impresario, sibbene sulla persona per la quale fu presa a fare (fr. 59, *Dig. h. t.,* XIX, 2). Questa regola si limita:

1° Se l' impresario dell' opera si è chiamato responsabile ancora del caso fortuito (*argom.,* fr. 13, § 5, *Dig. h. t.,* XIX, 2).

2° Se il danno, che si è verificato, è conseguenza di difettosa od arrischiata costruzione, o di mala qualità dei materiali adoperati (fr. 51, § 1; fr. 25, § 3; fr. 60, § 3; fr. 62, *Dig. h. t.,* XIX, 2). Le leggi *presumono* che il danno sia derivato da colpa dell' impresario, quando si verificò prima che l' altra parte avesse ricevuto ed approvato l' opera (fr. 36, *Dig. h. t.,* XIX, 2); presumono invece che sia derivato da caso fortuito, se si verificò dopo quel ricevimento e quell' approvazione (fr. 24; fr. 36; fr. 62, *Dig. h. t.,* XIX, 2). Ciò non pertanto, siffatte presunzioni, dovrebbero cedere ad una prova in contrario (fr. 36, 37, *in f.,* fr. 51, *in f.,* fr. 62, *Dig. h. t.,* XIX, 2). Nella locazione e conduzione di opere, ambedue le parti risentendo vantaggio dal contratto, rispondono ancora della colpa lieve.

§ 359. La locazione e conduzione di opere, cessa:

1° Pel compimento del lavoro determinato, preso a fare.

2° Per lo spirare del tempo fissato, se le opere furono locate per un dato tempo.

3° Per la morte dell'operaio. Quella dell'impresario del lavoro scioglie il contratto, soltanto quando questo fu concluso in considerazione della sua abilità personale. Eziandio in questa locazione e conduzione, è ammessa una tacita riconduzione, la quale dura finchè una delle parti non vi rinunzia (fr. 13, § 10 e 11, *Dig. h. t.*, XIX, 2).[1]

[1] La locazione delle opere, è, secondo l'articolo 1570 del Codice, un contratto pel quale una delle parti si obbliga a *fare per l'altra una cosa* (e bisognerebbe aggiungere, *o un qualche servigio*) mediante la pattuita mercede. Pel Codice dunque *locatore* è colui che si obbliga a fare una qualche cosa o un qualche servigio: conduttore colui che si obbliga a pagare la mercede correspettiva.

Il Codice dichiara che vi sono tre principali specie di locazione d'opere e d'industria: 1° quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio, 2° quella dei vetturini sì per terra come per acqua, che si incaricano del trasporto delle persone, e delle cose, 3° quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo (art. 1627).

Una regola che il Codice prende ad imprestito dal diritto Romano, regola comune ad ogni locazione di opere, si è che nessuno può obbligare la propria persona all'altrui servigio se non a tempo, o per una determinata impresa (art. 1628); regola intesa a proteggere la libertà personale, e per conseguenza di *ordine pubblico*, e come tale *assoluta*, cioè invocabile da ambedue le parti contraenti (Marcadé, *Spiegaz. del Codice Napoleone*, all art. 1780).

Altra regola che deriva dagli articoli 1218 e 1220 si è, che ove il locatore dell'opera non adempia l'obbligazione, egli venga condannato al risarcimento dei danni, ed il creditore sia autorizzato a far compiere l'opera a spese del debitore. Questi articoli sanzionano il principio di ragion naturale, che è impossibile costringere taluno ad eseguire un fatto *personalmente*, quando costui non voglia: *nemo potest cogi ad factum*. Ma per altro il locatore dell'opera ha l'obbligo di prestarla *personalmente*, se il creditore vi ha interesse, e se non consente che da altri sia prestata (art. 1239) laonde non potrebbe il debitore in tal caso esimersi da una condanna al risarcimento dei danni, se facesse adempiere da un terzo l'obbligazione di *fare*, che egli contrasse.

Il Codice sottopone i *vettori* (o *vetturini*, come li chiama) per terra e per acqua, ai seguenti obblighi.

1° Quanto alla custodia e conservazione delle cose loro affidate, agli stessi obblighi degli albergatori, riguardo ai quali è disposto nel titolo del deposito e del sequestro (art. 1629).

2° Li dichiara obbligati per la perdita e per i guasti o le avarìe delle cose loro affidate, se non provano che si sono perdute o che hanno sofferto guasto o avaria per un caso fortuito o per forza maggiore (art. 1631).

3° Gli imprenditori di pubblici trasporti per terra e per acqua e delle vetture pubbliche, debbono tenere un registro del danaro e degli effetti ed involti di cui si incaricano (art. 1632).

4° I vettori sono obbligati non solo per ciò che essi hanno già ricevuto nel loro bastimento o nella loro vettura, ma altresì per ciò che è stato consegnato loro sul porto o nel luogo di recapito, per essere riposto nel loro bastimento o nella loro vettura (art. 1630).

5° Gli imprenditori e i direttori dei trasporti e delle vetture pubbliche, e

§ 360. In alcune emergenze può essere dubbioso, se fra due persone sia stato concluso un contratto di locazione o conduzione,

i padroni dei bastimenti sono inoltre soggetti a regolamenti particolari che fanno legge tra essi e quelli coi quali contrattano (art. 1633).

Relativamente agli imprenditori di opere ad appalto o cottimo, ecco le regole stabilite del Codice.

1° Quando l'artefice somministra la *materia*, oltre l'opera e l'industria sua, se la cosa viene a perire in qualsivoglia modo prima di essere consegnata, la perdita rimane a carico dell'artefice, purchè il committente non fosse in mora per riceverla (art. 1634 e 1635). In tal caso in realtà, più che locazione e conduzione, esisterebbe compra e vendita condizionale di una cosa futura (*Instit.*, § 4, *de loc. cond.*). Ma vi sarebbe locazione e conduzione se l'artefice somministrasse non la materia principale, bensì qualche accessorio; come se un sarto somministrasse le guarnizioni dell'abito, o un imprenditore di costruzioni la calcina, i mattoni ec. per l'edifizio che ha preso a costruire sul suolo del conduttore (fr. 22, § 2, *Dig. loc. cond.*; fr. 20, *Dig. de contr. emt.*).

2° Quando l'artefice impiega solamente il suo lavoro o l'industria, se la cosa viene a perire, l'artefice è obbligato soltanto per la sua colpa (art. 1636). Ma se la cosa, comunque senza colpa dell'artefice, perisce prima che l'opera sia consegnata, e senza che il committente sia in mora a verificarla, l'artefice non ha più diritto di pretendere la mercede, purchè la cosa non sia perita per un vizio della materia (art. 1637, che coincide con le disposizioni del diritto Romano riferite nel testo alla presente nota).

3° La verificazione del lavoro può farsi parzialmente, ossia in partite diverse, se sia lavoro di più pezzi o a misura; e si presume fatta per tutte le partite soddisfatte, se il committente paga l'artefice in proporzione del lavoro fatto (art. 1638).

4° L'architetto e l'imprenditore sono responsabili, se nel corso di *dieci anni* dal giorno in cui fu compiuta la fabbricazione di un edifizio o di altra opera notabile, l'uno o l'altra rovina in tutto o in parte, o presenta evidente pericolo di rovinare per difetto di costruzione, o per vizio del suolo (art. 1639). Severa disposizione con la quale si è inteso impedire che l'architetto o l'imprenditore cedano all'ignoranza o al capriccio di un proprietario, che vuole gli sia fatta una costruzione in luogo disadatto, oppure per ignoranza o per mala fede propria costruiscano malamente. – L'azione per l'indennità deve essere promossa entro *due anni* dal giorno in cui si è verificato uno dei casi sopra enunciati (art. 1639, capoverso).

5° L'architetto o l'imprenditore che si è incaricato per appalto di costruire un edifizio, in conformità di un disegno stabilito e concordato col committente, non può domandare alcun aumento del prezzo, nè col pretesto che sia aumentato il prezzo della mano d'opera o dei materiali, nè col pretesto che siensi fatte al disegno variazioni od aggiunte, se queste non sono state approvate *in scritto*, e non se ne è convenuto il prezzo col committente (art. 1640, che è evidentemente inteso a raffrenare le possibili frodi di alcuni costruttori, e a porre argine a molte questioni che, compiuti i lavori, da essi sogliono si promuovere).

6° L'imprenditore è responsabile dell'opera delle persone che ha impiegato (art. 1644).

I muratori, fabbri ed altri artefici impiegati alla costruzione di un edifizio, o di altra opera data in appalto, non hanno azione contro il committente dei lavori, se non fino a concorrenza del debito che egli ha verso l'imprenditore nel tempo in cui promuovono la loro azione (art. 1645). Costoro, se contrattano direttamente a prezzo fatto, sono reputati appaltatori per la parte di lavoro che eseguiscono, e sono soggetti alle regole ora enunciate sulla locazione delle opere (art. 1646).

Il contratto di locazione di un'opera si scioglie.

1° Con la morte dell'artefice e dell'architetto od imprenditore incaricato di essa (art. 1642). Il committente è però tenuto a pagare ai loro eredi in proporzione del prezzo fissato dalla convenzione, l'importare dei lavori fatti,

oppure un altro contratto. Esempigrazia, fu dubitato se esistesse compra e vendita, oppure locazione e conduzione di opere, nel caso in cui taluno incaricasse un orefice di fargli un anello d'oro senza dargli il metallo necessario all'uopo, anzi incaricando l'artefice di porvelo di proprio. Cassio diceva che in tal caso esisteva vendita dell'oro, e locazione del lavoro, ma Giustiniano decise che quella fosse una compra e vendita (*Instit.,* § 4, *h. t.,* III, 24; GAJO, III, 147; fr. 2, § 1, *Dig. h. t.,* XIX, 1; fr. 20, *Dig. de cont. emt.,* XVIII, 1). Come si questionava se il cambio di una cosa con un'altra, e non di una cosa con un prezzo, fosse una compra e vendita, oppure una permuta; così era disputa se esistesse locazione e conduzione, quando invece di un prezzo, una delle parti avesse promesso all'altra come correspettivo dell'uso e del godimento dovutogli, un altr'uso e godimento: p. e., se due vicini, avendo ciascheduno un bove da lavoro, avessero convenuto di prestarsi a vicenda per un certo numero di giorni il proprio, onde arare con ambedue quelli animali il respettivo campo. Fu deciso essere questo un contratto reale innominato *facio ut facias* (*Instit.,* § 2, *h. t.,* III, 24; GAJO, III, 144; fr. 5, § 2; fr. 17, § 3, *Dig. de præscript. verb.,* XIX, 5). Non è una *locazione e conduzione pura e regolare,* quel contratto per cui un padrone di bastimento, ricevuto delle quantità determinate di grano da più caricatori, si fosse obbligato a farle avere loro, non già *in specie,* ma in genere e quantità in un luogo determinato (fr. 31, *Dig. h. t.,* XIX, 2). Questo rapporto obbligatorio è locazione e conduzione di opere, in quanto il padrone di bastimento si obbliga a trasportare il grano: ma ha mistura di mutuo, per l'obbligo assunto dal padrone del bastimento, ricevuta una quantità determinata di grano, (cosa fungibile) di restituire altrettanto in genere e qualità. I commentatori chiamano questo rapporto obbligatorio, una *locazione e conduzione irregolare.* In ugual modo qualificano, quella singolare specie di contratto, per cui il proprietario di un fondo rustico nel darlo in affitto, consegna al fittaiolo, dietro sti-

e dei materiali preparati, allorchè tali lavori o materiali possono essergli utili (art. 1643).

2° Per arbitrio del committente, quantunque sia già cominciato il lavoro, purchè tenga indenne l'imprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori, e di tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa (art. 1641). Quest'arbitrio che il Codice concede al committente di sciogliere l'accordo dell'appalto, non è un ingiustizia, perchè permette di esercitarlo soltanto con la piena indennità dell'imprenditore.

ma, tutti gli arnesi, ed il bestiame necessari a coltivarlo, (*istrumentum fundi*), stima che in tal caso si reputa fatta *venditionis causa* (fr. 3, *f.* 54, § 2, *Dig. h. t.*, XIX, 2). In tali contratti irregolari di locazione e conduzione, il *periculum* della cosa è a carico del conduttore. [1]

[1] Un contratto che ha mistura (alla pari della colonia parziaria) di locazione e di società, che il Codice considera come locazione, e nel quale i Romani riconoscevano predominare l'elemento sociale (fr. 13, § 1, *Dig. de præscript. verb.*; fr. 52, § 2, *Dig. pro socio, cost.* 8, *Cod. de pactis*) è la soccida. Ha mistura di società, perchè ognuna delle parti contraenti conferisce una qualche cosa (almeno la propria industria), con lo scopo di un lucro comune; ha mistura di locazione, perchè chi conferisce il bestiame ne rimane proprietario: attalchè il bestiame stesso è per così dire locato all'altra parte, che alla sua volta loca la propria industria; e più poi, perchè non si scioglie come la società, bensì come la locazione.

La soccida, in generale, è detta dal Codice un contratto pel quale una delle parti si obbliga a dare all'altra una quantità di bestiame; perchè lo custodisca, lo nutrisca e ne abbia cura, a norma delle condizioni fra esse convenute (art. 1665).

La generalità di questa nozione (non troppo esatta almeno per la *soccida a metà*) deriva dall'essere riconosciute dalla legge più specie di soccida, con patti diversi fra le parti. L'articolo 1666 fa menzione di cinque specie di soccida: 1° la soccida semplice ed ordinaria, 2° la soccida a metà, 3° la soccida con lo affittuario, 4° la soccida col mezzaiolo, 5° la soccida impropriamente detta.

Si può dare a soccida qualunque specie di bestiame, che sia capace di accrescimento, o di utilità all'agricoltura ed al commercio. Così l'art. 1667. L'espressioni di quest'articolo, escludono dalla soccida tutti gli animali che non possono andare sotto il titolo di *bestiame* (*pecus*) esempigrazia i volatili, e gli animali destinati a divertire la curiosità del pubblico con la loro mostra, ma che non recano utilità all'agricoltura ed al commercio.

I. La soccida *semplice*, che è il tronco da cui si staccano le altre, è definita dall'articolo 1669, come un contratto per cui si dà ad altri del bestiame per custodirlo, nutrirlo ed averne cura, a condizione che il conduttore guadagni la metà nell'accrescimento; accrescimento che consiste tanto nei parti sopravvenuti, quanto nel maggior valore che il bestiame può avere al fine del contratto, in confronto con quello che aveva al principio.

Di quì il bisogno che il bestiame sia stimato nel momento della conclusione del contratto; stima che *non ne trasferisce la proprietà al conduttore*, e non ha altro effetto che di determinare la perdita o il guadagno che dal bestiame stesso può resultare, terminata la locazione (art. 1670).

Le parti possono con patti particolari regolare le condizioni di questo contratto; ma per espresso divieto dell'articolo 1677 non possono convenire:

1° Che il conduttore sopporti più della metà della perdita del bestiame, allorchè avvenga per caso fortuito e senza sua colpa.

2° Che il conduttore abbia nella perdita una parte più grande che nel guadagno.

3° Che il locatore prelevi in fine della locazione qualche cosa, oltre il bestiame dato a soccida.

Crediamo che se queste convenzioni, o una di esse, fosse apposta alla soccida, esse od essa dovrebbero aversi per nulle, ma che nel resto la soccida terrebbe (art. 1677, in fine).

I diritti del locatore sono:

a) di conservare la proprietà del bestiame consegnato, sebbene consegnato a stima (art. 1670).

b) di profittare della metà della lana, dell'accrescimento (art. 1676, capov.).

c) di domandare lo scioglimento della soccida, anche prima del tempo debito, se il conduttore non adempie ai suoi obblighi (art. 1682).

d) terminata o sciolta la soccida, di prelevare dalle mandre, bestie di ogni

specie, che uguaglino la stima originaria: il di più si divide; e se non vi sono bestie sufficienti ad uguagliarla, di prendere quelle che rimangono, *senza per altro potere fare partecipare il conduttore alla perdita* (art. 1683). Disposizione conforme ai principii che dettarono la celebre bolla di Sisto V (*Detestabilis avaritiæ*, la 15ª).

Di fronte a questi diritti, il locatore ha i seguenti obblighi:

1° Soffrire la perdita totale o parziale del bestiame, e la diminuzione del suo valore, quando avvengano senza colpa del conduttore (art. 1675 e art. 1683, capov. 2°).

2° Provare la colpa da lui imputata al conduttore (art. 1673).

3° Astenersi dal disporre di alcuna bestia della mandra, tanto appartenente al capitale della soccida, quanto all'accrescimento, senza il consenso del conduttore (art. 1678).

4° Quando la locazione a soccida è contratta coll'affittuario altrui, notificarla al locatore dei beni di cui egli tiene l'affitto; senza di che il locatore dei detti beni può sequestrare e fare vendere il bestiame, per essere sodisfatto di quanto l'affittuario gli deve (art. 1679).

Diritti del conduttore sono:

1° Profittare egli solo del latte, del concime e del lavoro del bestiame dato a soccida (art. 1676).

2° Dividere col locatore la lana e l'accrescimento (art. 1676, capoverso).

Obblighi del conduttore sono:

1° Conservare il bestiame datogli a soccida con la diligenza di un buon padre di famiglia (art. 1671).

2° Astenersi dal disporre di alcuna delle bestie della mandra, tanto appartenente al capitale della soccida, quanto all'accrescimento, senza il consenso del locatore (art. 1678).

3° Astenersi dal tosare le bestie date a soccida, senza prima avvertirne il locatore (art. 1680).

4° Rispondere del danno avvenuto per caso fortuito, qualora sia imputabile a sua colpa precedente, senza la quale non sarebbe avvenuto il danno (art. 1672).

5° Provare il caso fortuito che egli allega a propria discolpa (art. 1673), e *rendere almeno conto* delle pelli delle bestie, e di quanto altro ne possa rimanere (art. 1674). Se non che crediamo che provato luminosamente da lui che la bestia gli fu rapita, egli non sarebbe obbligato a pagarne la pelle. L'obbligo di *rendere conto* delle pelli di cui parla l'art. 1674, non è che un mezzo per impedire delle frodi del conduttore; ma quando queste sono escluse non si può esigere altro da lui. Ed in vero egli deve *render conto* delle pelli, non già *restituirle*.

Se nel contratto non fu stabilito il tempo per cui deve durare la soccida, si ritiene che abbia a durare per tre anni (art. 1681). Ci sembra che questo contratto possa cessare, come ogni contratto bilaterale, se una delle parti non soddisfaccia alle due obbligazioni (art. 1165), ma non per la morte loro.

La legge non prescrive una forma speciale pel contratto di soccida; ma è prudenziale redigerlo in scrittura pubblica o privata avente data certa, quando relativo ad un subietto di un valore che superi le lire 500; non essendo allora pel Codice nostro ammessa la prova testimoniale (art. 1341). Pel locatore è di grande interesse siffatta scrittura per dimostrare, di fronte ai creditori del conduttore, che a lui locatore appartengono gli animali che il conduttore ritiene.

II. La *soccida a metà* è una società, nella quale ciascuno dei contraenti conferisce la metà del bestiame che resta comune pel guadagno o per la perdita (art. 1684). In questa specie di soccida, l'elemento sociale predomina, e perciò il Codice dice che è una *società*, sebbene poi chiami conduttore e locatore coloro che la contraggono. Predomina l'elemento sociale nella soccida a metà, perchè ognuna delle parti contraenti conferisce un capitale dello stesso genere (metà del bestiame) e lo pone in comunione pel guadagno e per la perdita.

In questa specie di soccida il solo conduttore profitta, come nella soccida semplice, del latte, del letame, e del lavoro degli animali (art. 1685). Il locatore non ha diritto che sopra la metà delle lane e dell'accrescimento (art. 1685). Nel rimanente le regole della *soccida semplice* si applicano alla *soccida a metà* (art. 1686).

III. La *soccida coll'affittuario*, chiamata anche *soccida di ferro* (dai Francesi

c) Contratto Enfiteuticario.[1]

(*Contractus Emphyteuticarius.*)

(*Instit.*, lib. III, tit. 24, § 3; *Cod.*, lib., IV, tit. 66, *de jure emphyteutico*).

§ 361. Il contratto enfiteuticario, o enfiteutico è: quel *contratto consensuale, pel quale una delle parti si obbliga a dare*

cheptel de fer) è quella per cui si concede un fondo in affitto, a condizione che al termine della locazione, l'affittuario lasci degli animali di valore uguale al prezzo della stima di quelli che ha ricevuti (art. 1687).

La stima del bestiame consegnato all'affittuario, non produce in lui la traslazione della proprietà; ma nulladimeno pone il bestiame a suo rischio (art. 1688). Questo rischio a carico del conduttore, è il carattere distintivo della soccida di *ferro*, così chiamata perchè pel locatore il bestiame non perisce; sono *bestie di ferro*, dicevano gli scrittori francesi antichi, *parce qu'elles ne peuvent mourir à leur seigneur* (vedi Troplong, *Della locazione*, § 1216).

Ricordiamo che gli animali consegnati dal proprietario del fondo all'affittuario o al mezzaiolo per la coltivazione, ancorchè sieno stimati, si annoverano fra i beni immobili, sino a che, in forza della convenzione, restano addetti al fondo. Invece gli animali che il proprietario consegna a soccida ad altri, fuorchè all'affittuario od al mezzaiolo, si reputano beni mobili (art. 413, capoverso ultimo).

Nella soccida coll'affittuario tutti i guadagni appartengono all'affittuario durante la locazione, se non vi è patto in contrario (art. 1689). Ed è giusto, perchè la perdita anche totale del bestiame avvenuta per caso fortuito, ricade intieramente a danno dell'affittuario, se non si è altrimenti pattuito (art. 1691).

Per altro il concime non cede a profitto particolare dell'affittuario; bensì appartiene al fondo locato, nella coltura del quale si deve unicamente impiegare (art. 1690).

Siccome il bestiame dato a soccida all'affittuario, rimane proprietà del locatore, così al termine della locazione l'affittuario non può ritenersi il bestiame compreso nella soccida pagando il valore della stima primitiva, bensì deve lasciare bestiame di valore uguale a quello che ha ricevuto (art. 1692).

Non è assolutamente necessario che lasci gli stessi ed identici capi di bestiame che ebbe, la mandra può avere subìto delle variazioni nei fiati; ma deve rendere la mandra di uguale valore (*Instit.*, § 18, *de legatis*). Ogni deficienza che si verifica nel valore del bestiame è a carico dell'affittuario, che la deve risarcire; ogni eccedenza è a tutto suo vantaggio (art. 1692, capoverso). In questa specie di soccida predomina l'elemento della locazione.

IV. Nella *soccida col mezzaiolo* si può stipulare che il mezzaiolo rilasci al locatore la sua parte della lana tosata, a prezzo minore del valore ordinario; o che il locatore abbia una maggiore porzione degli utili di quella assegnata al conduttore; o finalmente che al locatore spetti metà del latte (art. 1693). La soccida col mezzaiolo termina col fine della locazione (art. 1694). Nel rimanente essa è sottoposta a tutte le regole della soccida semplice (art 1695).

V. La *soccida impropriamente detta*, ha luogo quando si danno una o più vacche, perchè sieno custodite ed alimentate; delle quali il locatore conserva la proprietà, avendo soltanto il guadagno dei vitelli che nascono da esse (art. 1696). Le vacche così date a soccida, rimangono a rischio e pericolo del locatore; ed il conduttore in correspettività del nutrimento e delle cure che egli loro porge, acquista il profitto del latte, del concio, e del lavoro (Pothier, *Della soccida*, n. 71). Quando un termine non è stato apposto a questo contratto, ogni contraente può riprendere le proprie vacche quando più gli aggrada purchè non intempestivamente (Pothier, loc. cit., n. 72).

[1] L'articolo 1556 contiene la definizione del contratto enfiteuticario, che

all'altra, in correspettività di un'annua corresponsione, un fondo in enfiteusi. In conseguenza della grande analogia che esiste fra questo contratto e quelli di compra e vendita, e di locazione e conduzione, era controverso fra gli antichi giureconsulti, se fosse da ascriversi all'una od all'altra di queste due specie di contratti consensuali (GAJO, III, 145, *Instit.*, § 3, *de loc. et conduct.*, III, 24). Inclinavano a ritenerlo come una locazione e conduzione, quando consideravano l'obbligo del pagamento di una annua corresponsione, e la risolubilità del diritto che ne derivava; propendevano per lo contrario, a qualificarlo per compra e vendita, allorchè si facevano a valutare le importanti facoltà giuridiche dell'enfiteuta, e specialmente quelle di trasmettere agli eredi, e di trasferire per *atti inter vivos* ad estranei il diritto di enfiteusi, nonchè di alterare la faccia del fondo, e di acquistare i frutti per semplice separazione (vedi TEOFILO, h. t.). L'imperatore Zenone pose termine a tali ambagi, attribuendo a questo contratto un carattere proprio, e speciale, e statuendo che fosse un *jus tertium*, distinto e diverso dalla compra e vendita, e dalla locazione e conduzione (*cost.* 1, *Cod. de jure emphyt.*, IV, 66); ma che deve ritenersi per la sua somiglianza con l'una e l'altra, come un vero e proprio contratto consensuale; così il contratto enfiteutico fu un quinto contratto consensuale. In conseguenza di questo suo carattere, esso si conclude e rimane perfetto, mediante il semplice consenso, ammenochè le parti non pongano qual condizione alla sua perfezione la redazione in iscritto del medesimo (*Instit.*, § 3, *de locat. et cond.*, XXIV, 3; *cost.* 1, *h. t.*, IV, 66). Siffatta redazione, per la *Novella* 120, *cap.* 5, è essenziale nei contratti enfiteuticari relativi ai beni della Chiesa. Il contratto enfiteuticario è un contratto bilaterale o sinallagmatico, perocchè dal medesimo

il Codice nostro confonde, nel nome, col diritto reale che ne deriva, chiamando entrambi *Enfiteusi*. Ivi è detto: l'enfiteusi è un contratto col quale si concede in perpetuo o a tempo un fondo coll'obbligo di migliorarlo e di pagare un'annua determinata prestazione in danaro o in derrate. Anche pel Codice nostro è questo un contratto consensuale.

L'art. 1314, n. 1, del Codice, ordinando, che sieno fatte per atto pubblico o privato, sotto pena di nullità, le convenzioni che trasferiscono *diritti capaci di ipoteca*, ed il diritto dell'enfiteuta trasferitogli dal concedente, essendo per l'art. 1967, nº 3, dichiarato capace di ipoteca, perchè considerato dalla legge come immobile per l'oggetto a cui si riferisce (art. 415), egli è evidente che il contratto enfiteuticario deve essere fatto per atto pubblico o privato, sotto pena di nullità. Deve essere trascritto (art. 1932, nº 1).

Del diritto reale che da questo contratto deriva noi abbiamo parlato nella nota al § 178 del libro II, del I volume, e a quella rimandiamo.

nasca per un lato l' obbligazione dell' enfiteuta di pagare il canone, e per l'altro l'obbligazione del proprietario della cosa enfiteutica di far godere del diritto di enfiteusi all' enfiteuta; laonde ne derivano due azioni personali, l' una dell' enfiteuta contro il proprietario, l' altra del proprietario contro l' enfiteuta, azioni che nelle nostre Fonti non sono indicate con nomi speciali, ma che i commentatori del diritto Romano chiamano *emphyteuticariæ.*

§ 362. Dal contratto enfiteuticario, quando costituito regolarmente, nasce il diritto patrimoniale reale di enfiteusi (vedi volume I, lib. II, § 182, nº 1), a nostro credere senza bisogno di tradizione. Ma il vincolo obbligatorio che resulta dal contratto enfiteuticario, può esistere fra due persone, e nonostante il diritto patrimoniale reale di enfiteusi, non avere vita. Ciò si verificherebbe, verbigrazia, se chi avesse per contratto concesso ad altri in enfiteusi un fondo, non fosse stato proprietario del medesimo, o non avesse avuto diritto di disporne in quella guisa; da questo contratto non sorgerebbe diritto patrimoniale reale di enfiteusi, perchè chi non ha diritti non può trasmetterli; tuttavolta il contratto esisterebbe e produrrebbe effetti; e valga il vero, potrebbe la persona a cui favore fu contratta l' obbligazione di dare il fondo in enfiteusi, con l' azione personale *emphyteuticaria,* costringere l' altra parte alla esecuzione della sua promessa, od altrimenti a prestare un' indennità.

§ 363. In generale il contratto enfiteuticario è governato dalle regole, che governano, o la compra e vendita, o la locazione e conduzione, secondo che l' analogìa consiglia l' applicazione delle regole proprie dell' uno o dell' altro, di quei due contratti. Il perchè, a mo' di esempio, per l' analogìa del contratto enfiteuticario con la compra e vendita, l' enfiteuta può esigere di essere immesso nel possesso e nel godimento della cosa enfiteutica, ed ha diritto di ricorrere contro il suo autore in caso di evizione; mentre per l' analogìa del contratto in discorso con la locazione e conduzione, gli sono applicabili le regole di questa relativamente al modo di godimento della cosa, ed al pagamento dell' annua corresponsione. Se non che il contratto enfiteuticario, per la celebre costituzione Zenoniana (*cit. cost.* 1, *Cod. h. t.,* IV, 66), ha delle regole speciali, relativamente ai rischi e pericoli della cosa enfiteutica. Infatti l' imperatore Zenone statuì che la distruzione *totale* della medesima fosse a carico del proprietario, il quale non po-

tesse, avvenuta tal distruzione, esigere il canone; mentre la distruzione *parziale* andasse a carico dell'enfiteuta, cui non fosse lecito ottenere per quella una *riduzione* di canone. Differenza notevole è questa fra le condizioni dell'enfiteuta e le condizioni del conduttore; essendochè, ricordiamolo, sia invece lecito a quest' ultimo chiedere una riduzione della corresponsione che ha obbligo di pagare, ove i frutti del fondo, per un caso straordinario ed impreveduto, vengano, prima che sieno percetti, a subire una incomportabile diminuzione (vedi sopra, § 355).

d) Società (*Societas*).

(*Instit.*, lib. III, tit. 25, *de societate; Dig.*, lib. XVII, tit. 2, *pro socio; Cod.*, lib. IV, tit. 37, *pro socio.*)

§ 364. Il contratto di società è: *un contratto consensuale pel quale due o più persone convengono di mettere insieme, o cose ed opere, o cose od opere, onde conseguire un fine comune, lecito, che generalmente è il guadagno.* [1] Questo contratto, come gli altri consensuali fin qui esaminati, è un contratto derivato dal diritto delle genti, è un contratto di buona fede, un contratto bilaterale o sinallagmatico: sennonchè le obbligazioni reciproche, fra i soci, che ne derivano, non sono distinte in due categorìe diverse, come nella compra e vendita, e nella locazione e conduzione, ma sono di identica natura per tutti; i soci stanno tutti scambievolmente fra loro in una medesima relazione di creditori e debitori; onde deriva che hanno una medesima azione, l'*actio pro socio*, esperibile da ciascun di loro contro l'altro, azione *quæ ab utraque parte directa est.* (*Instit.*, § 2, *de pœna temere litig.*, IV, 16). Tre sono i requisiti essenziali di questo contratto:

1° Cose ed opere, che come capitale ognuno dei soci conferisce.

[1] Per l' articolo 1697 la società è: un contratto col quale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione, al fine di *dividere il guadagno* che ne potrà derivare.

Questa definizione pare che assegni alla società uno scopo molto più limitato di quello indicato nel testo alle presenti note, perchè essa lo limita al *guadagno;* ma se si pensa che per *guadagno* si può intendere *qualunque beneficio o vantaggio*, purchè stimabile a contanti, la definizione del Codice non potrà più tanto diversa da quella che, ai termini del diritto Romano, abbiamo data al contratto di Società.

2° Uno scopo comune, che gli associati si propongono di conseguire, e che generalmente è il guadagno.

3° Il consenso.

1° *Cose ed opere.*

§ 365. È obbligo di ogni socio di conferire qualche cosa alla società, ma non è necessario che la collazione di un socio, sia uguale in genere e quantità, a quella degli altri: laonde uno può conferire, esempigrazia, del danaro contante, un altro delle merci, un terzo la propria industria, un quarto degli immobili, un quinto una cosa incorporale, come un diritto, una privativa. E delle cose obietto di collazione, può essere conferita la proprietà, o l'uso soltanto (fr. 5, § 1; fr. 29, § 1; fr. 52, § 2; fr. 80, *Dig. h. t.*, XVII, 2; *cost.* 1, *cod. eod.*, V, 37; *Instit.*, § 2, *h. t.*, III, 25). Essenziale è per altro, che ognuno dei soci conferisca una qualche cosa, altrimenti potrebbe verificarsi di fronte a chi non conferisse cosa alcuna, donazione per parte degli altri, ma non società (fr. 5, § 2, *Dig. h. t.*, XVII, 2; fr. 16, § 1, *Dig. de minor.* IV, 4).[1] In mancanza di espressa convenzione sulla qualità e quantità delle collazioni respettive, si presume che la collazione di ciaschedun socio, abbia ad essere uguale a quella degli altri tutti (fr. 29, *Dig. h. t.*, XVII, 2).

2° *Scopo comune.*

§ 366. La società ha generalmente per scopo il guadagno, l'acquisto, e dicesi per questo *societas quæstuaria*, ma ciò non sempre; può esistere una *societas non quæstuaria*: per esempio quella contratta per l'uso comune di una cosa, *quoad usum* (fr. 52, § 13, *Dig. pro socio*, XVII, 2); l'importante si è, che i paciscenti abbiano avuto in mira di conseguire un resultato qualunque, destinato a *divenire comune*, di *comune interesse* (fr. 31, *Dig. h. t.*). Se in una convenzione si ha in vista soltanto l'interesse di una delle parti, non esiste società, ma piuttosto mandato.[2] Questo scopo deve essere *lecito*, e conseguibile con mezzi, che abbiano il carattere della liceità, *rerum inhonestarum nulla est societas*

[1] Concorda l'art. 1698, capoverso.
[2] Concorda l'art. 1698, capoverso.

(fr. 57, *Dig. h. t.,* XVII, 2; fr. 35, § 2, *Dig. de contr. emt.,* XVIII, 1; fr. 1, § 14, *Dig. de tutelæ actione,* XXVII, 3).[1] Un'associazione intesa a fare il contrabbando, a commettere furti, a tenere aperti luoghi di prostituzione, non sarebbe valida società: *quia delictorum, turpis atque fœda communio est.* A cose intiere, ogni socio potrebbe con la *condictio sine causa* riprendere ciò che conferì; e ciò, sostenendo la nullità della convenzione: *ob nullam causam* (fr. 5, *Dig. de condictione sine causa,* XII, 7). Ma se operazioni fossero state fatte nel comune interesse, e dei lucri fossero stati conseguiti, dei medesimi non potrebbero gli interessati chiedere il reparto, attalchè di questi profitterebbe il possessore: *si dantis et accipientis turpis causa sit, possessor potior est.* (*fr.* 8, *Dig. de condict. ob turpem causam,* XII, 5); le respettive collazioni potrebbero tuttavolta ancora in tal caso, venire ripetute, allegando che non ha diritto di ritenerle, chi le ricevè per uno scopo turpe (Pothier, *Della società,* n° 36).

3° *Consenso.*

§ 367. La società, come contratto consensuale, si perfeziona mediante il consenso, senza bisogno di altro.[2] Tal consenso può essere così *tacito* come *espresso*: onde la distinzione fra società *espressa* e società *tacita*. *Tacita* è la società la cui esistenza si conclude dai fatti, come, p. e., il dare o il ricevere la collazione, *re*. *Espressa* se resulta da un'esplicita manifestazione di volontà (fr. 4 *pr., Dig. h. t.,* XVII, 2). In qualunque modo può dimostrarsi l'esistenza del consenso: per lettere, per testimoni; ma essenziale è che

[1] Concorda l'art. 1698.

[2] La società, anche pel Codice nostro, si perfeziona col consenso, perchè contratto consensuale. Per altro per l'articolo 1314, n° 5, i contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la *durata della società è indeterminata, o eccede i nove anni*, debbono farsi per atto pubblico o per scrittura privata *sotto pena di nullità;* e debbono essere trascritti (art. 1933, n° 6).

La società comincia nell'istante medesimo del contratto, se non è fissato un altro tempo (art. 1707).

Non essendovi patto circa la durata della società, si presume contratta per tutta la vita dei soci; salvo il diritto in ogni socio di chiederne lo scioglimento. Se però si tratti d'affare il quale non duri che per un determinato tempo, la società si intende contratta per tutto il tempo in cui deve durare lo stesso affare (art. 1708 e 1733).

consti, che sia cioè posta in sodo l'intenzione delle parti di associarsi, l'*affectio societatis*. È per questa intenzione (*affectio*), che bene si distingue la *società* (*societas*) dalla comunione dei beni (*communio*). La società implica comunione, ma non ogni comunione implica società. La società deriva sempre dalla volontà (fr. 32, *Dig. h. t.*, XVII, 2) ed è destinata a durare finchè i contraenti non hanno conseguito lo scopo, che si sono proposti; la comunione invece, deriva ordinariamente da un'accidentalità, o se deriva dalla volontà, manca uno scopo comune ai comunisti (fr. 31, *Dig. h. t.*, XVII, 2), e dura finchè uno dei comunisti non ne chiede lo scioglimento. Fra i comunisti intercede un vincolo più presto reale che personale; fra i soci piuttosto personale che reale. E di vero, se un comunista vende la sua parte indivisa, il compratore gli succede nella comunione e diviene comunista, mentre il socio che vende la sua quota di interesse nella società, non perde la qualità di socio, e non l'acquista il compratore, (fr. 6, § 1, *Dig. commun. divid.*, X, 3; fr. 17, 19, 20, 21, *Dig. h. t.*, XVII, 2); per la morte di uno dei soci, la società si scioglie, non già la comunione. Ma di tutto questo diremo più diffusamente trattando della *communio incidens*.

§ 368. Grave errore sarebbe confondere la *società* con la *corporazione*. Nella corporazione, il diritto Romano riconosce una persona giuridica, un ente morale, distinto dalla persona fisica dei singoli membri che la compongono, ente morale che ripete la sua esistenza dall'autorizzazione dello Stato. Nella società invece, il diritto Romano, checchè ne abbiano pensato alcuni giureconsulti odierni (Vedi Troplong, *Contratto di società*, n° 24, 58 e seg.) non fa questa distinzione, non riconosce un ente morale società, distinto dalla persona fisica dei soci. Di qui deriva che i singoli soci sono subietti dei diritti sociali, e proprietarii *pro rata* dei beni sociali, come sono personalmente *pro rata* tenuti per i debiti sociali; i membri di una corporazione per lo contrario, non sono i subietti dei diritti di essa, nè i debiti di lei fanno personalmente carico a costoro; quei diritti, questi debiti sono propri della persona giuridica. La società si scioglie per la morte anche di un solo socio: la corporazione rimane, sebbene tutti i primitivi suoi membri sieno venuti a mancare, qualora sieno stati surrogati da dei nuovi.

§ 369. Tre specie di società si distinguono in diritto Roma-

no: 1° La società universale dei beni (*societas omnium bonorum*, o *universarum fortunarum*):[1] 2° La società generale dei lucri (*societas omnium quæstuum*, o *universorum quæ ex quæstu veniunt*. 3° La società particolare (*unius rei, unius negotiationis*).

1° *Società universale dei beni.*

§ 370. In questa società gli associati convengono di comunicarsi, e di porre insieme tutti i beni presenti e futuri, senza limitazione alcuna. Compongono l'attivo di questa società, tutti i beni, che i soci hanno, ed avranno in seguito, fino allo scioglimento della società, purchè non provenienti da acquisto illecito, come il delitto (fr. 3, § 1; fr. 73; fr. 53, *Dig. h. t.*, XVII, 2). Le cose *future* non entrano in comunione fra i soci, finchè non è avvenuta la effettiva comunicazione delle medesime, mediante la tradizione (fr. 74, *Dig. h. t.*, XVII, 2). Le *presenti* all'opposto, sono comunicate per effetto della sola convenzione, senza bisogno di tradizione (fr. 1, § 1, e fr. 2, *Dig. h. t.*, XVII, 2); dei crediti è necessario cedere le azioni (fr. 3, *eod.*). Ciò pare contrario alla regola, che non coi nudi patti si trasferisce il dominio, ma in realtà contrario non è: perchè contratta appena la società, ogni socio non possiede più i beni già suoi per sè: li possiede a nome di tutti i soci, e questi ultimi ne acquistano il possesso per *constitutum possessorium* (vedi vol. I, lib. II, § 110, lett. b). Il passivo di questa società consta di tutti i debiti, presenti e futuri di ogni socio, eccettuato quei debiti che resultano da delitto. Quello che uno dei soci avrà preso dalla cassa sociale per saldarli e liberarsene, dovrà essere imputato nella sua parte, all'epoca della divisione: ammenochè non sia stato ingiustamente condannato al pagamento, o gli altri soci non abbiano accettato scientemente il lucro proveniente dal suo fatto illecito (fr. 52, § 18; fr. 55; fr. 56; fr. 59, § 1, *Dig. h. t.*, XVII, 2). Ognuno dei soci nell'entrare in

[1] Le società, pel Codice nostro, sono *universali* e *particolari* (art. 1699). Per altro le società universali si suddistinguono:
a) in società *di tutti i beni presenti*,
b) in società *universale dei guadagni* (art. 1700).
In sostanza, dunque, sono tre le specie di società:
a) società *universale di tutti i beni presenti*,
b) società *universale dei guadagni*,
c) società *particolare*.

società, perdendo il suo patrimonio privato, la società provvede alle sue spese ed ai suoi bisogni (fr. 39, § 3, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 73, *Dig. h. t.*, XVII, 2), e in mancanza di esplicita convenzione in contrario, non si tiene conto se le spese dell'uno dei soci superano quelle dell'altro (fr. 5, § 1, *Dig. h. t.*, XVII, 2); ma niuno fra essi può alienare più della sua parte (fr. 68, *Dig. eod.*)[1]

2° *Società generale dei lucri.*

§ 371. I contraenti convengono qui, di avere comuni tutti gli acquisti, provenienti dai guadagni loro, *questuum* (*Dig. h. t.*, XVII, 2). I profitti derivanti dalle compre e vendite, dalle locazioni e conduzioni, o da altre consimili convenzioni, o da speculazioni, fatte anche in proprio nome da uno dei soci, debbono essere comunicati. Ma non già gli acquisti a titolo gratuito, come l'eredità, i legati, le donazioni, insomma tutto quello che proviene dalla fortuna, anzichè dall'industria e dall'attività, come pure gli acquisti provenienti da delitto (fr. 8, 11; fr. 13; fr. 71, § 1; fr. 53, *Dig. h. t.*, XVII, 2). Non entra nell'attivo di questa società la proprietà dei beni, che le parti avevano prima di contrarla, come non fanno parte del di lei passivo i loro debiti (fr. 12,

[1] Il Codice dà la nozione della *società universale di tutti i beni presenti*, dicendo, che è quella con la quale le parti pongono in comunione tutti i *beni mobili ed immobili che possedono attualmente*, e gli *utili che potranno ricavarne*. Aggiunge che possono altresì comprendervi tutte le *altre specie di utili;* ma i beni che le parti acquistassero per *successione o donazione*, non entrano in questa società, se non per essere *goduti in comunione;* ed ogni stipulazione che tendesse a render *comune la proprietà di tali beni*, sarebbe nulla (art. 1704).
Dalla quale nozione resulta:
1° che *ciò che di diritto* viene in questa società sono i beni mobili ed immobili che le parti possiedono *attualmente*, e gli utili che possono ricavarne;
2° che per *convenzione* le parti possono farvi entrare tutte le *altre specie di utili*, e così anche i frutti e gli utili dei beni futuri, ed inoltre i lucri ricavati dall'industria personale, o dalle loro economie;
3° che per *convenzione* le parti possono farvi entrare gli *utili* dei beni acquistati per successione o donazione; ma non mai la *proprietà* dei medesimi, imperocchè anzi una convenzione per la quale si tendesse a porli in comune, ed a farli cessare di essere propri di quel socio che li acquistò, sarebbe nulla.
L'attivo di questa società consta, dunque, di tutti i beni mobili ed immobili *presenti*, che le parti conferiscono, e dei quali godono insieme gli utili.
Può, in seguito a convenzione, far parte dell'attivo anche l'*utile di beni futuri*.
Il passivo consta dei debiti che ciascun socio aveva *prima di contrarre la società*, perchè sono un onere dei beni presenti (POTHIER, *Società*, n° 37), e dei debiti che la società potrà in seguito contrarre. Dalle quali cose si raccoglie come questa società universale dei beni, ammessa dal Codice nostro, differisca assai da quella romana, la quale comprendeva tutti i beni, non solo presenti, ma *ben anco futuri*, senza limitazione alcuna.

Dig. h. t., XVII, 2). Nel dubbio se le parti intendessero di contrarre una società universale dei beni, od una società generale dei guadagni, si presume che volessero contrarre quest'ultima (fr. 7; fr. 13; fr. 73, *Dig. h. t.,* XVII, 2).[1]

3° *Società particolare.*

§ 372. È quella contratta soltanto:

a) per un certo genere di affari, (*unius negotiationis*) avente per oggetto una serie di operazioni necessarie ad un commercio determinato: come la società per la compra e vendita degli schiavi, pel commercio dei grani, ec.

b) o per una, o più cose determinate (*unius rei*): esempigrazia per l'esercizio di una miniera, per la compra e vendita del carico di una nave (fr. 3, § 2; fr. 5 *pr.*; fr. 52, § 5; fr. 63, *Dig. h. t.,* XVII, 2). Il diritto Romano fa menzione ancora di una società particolare, che come vedremo è governata da principii speciali per riguardo al suo scioglimento, vogliamo dire la società, che contraevasi fra coloro che prendevano in appalto le rendite dello Stato, e che appellavano *societas vectigalis* (fr. 5, *Dig. h. t.,* XVII, 2). Nelle società *particolari* devesi conferire unicamente quel lucro e quel danno, che derivano dal genere di affare o dall'affare unico, impresi nel comune interesse (fr. 52, § 5 *e* 6, *Dig. h. t.*). Le somme destinate ad eseguire le operazioni commer-

[1] La *società universale dei guadagni* comprende, ai termini dell'art. 1702, tutto ciò che le parti saranno per acquistare colla loro *industria, per qualsivoglia titolo,* durante la società; i beni sì immobili che mobili, che ciascuno dei soci possiede al tempo del contratto, non sono compresi nella società, *se non per essere goduti in comunione.* È dunque molto simile alla *societas universorum quæ ex quæstu veniunt,* dei Romani. L'unica differenza sta in questo, che nella *società dei lucri*, romana, non entravano i frutti dei beni che gli associati avessero avuto al tempo del contratto, perchè non erano acquistati *opera sociorum* (fr. 12, *Dig. pro socio*), mentre per l'articolo 1702 codesti frutti vi entrano.

L'articolo 1703 dichiara in conformità del diritto Romano che il semplice contratto di società universale, senza altra dichiarazione, non include che la società universale dei guadagni. E ciò, perchè quest'ultima è la più comune, e non spoglia i soci della proprietà delle cose loro.

Per l'articolo 1704 non può aver luogo nessuna società universale, eccetto che tra persone capaci di dare o di ricevere scambievolmente l'una dall'altra, ed alle quali non sia vietato d'avvantaggiarsi reciprocamente a scapito di altre persone. – Con questo articolo si è voluto impedire che sotto la larva di una società, si diroghi alle disposizioni legislative risguardanti le successioni e le donazioni. Per intenderlo bisogna riferirsi alle disposizioni del Codice civile relativo alla *capacità* di disporre e di ricevere per testamento, e per donazione (art. 762 a 774, art. 805 a 826; art. 1052 a 1055; art. 1083, 1084 e seg.).

ciali, o l'operazione commerciale, che le parti si sono proposte, non divengono comuni dal momento in cui furono stanziate a quest'uopo, sibbene dal momento della effettiva loro collazione (fr. 58 *pr.*, § 1, *Dig. h. t.*).[1]

§ 373. Dalla società, come *effetti*, derivano diritti ed obblighi dei *soci fra loro*, e possono derivare diritti ed obblighi fra i *soci ed i terzi*.

a) Diritti ed obblighi dei soci fra loro.

§ 374. Ogni socio deve conferire quell'industria, o quel capitale che ha promesso (fr. 52, § 8; fr. 58, § 2; fr. 73, *Dig. h. t.*). Se è moroso a conferire, è obbligato a pagare le usure moratorie (*arg.*, fr. 60, *Dig. h. t.*).[2] Nel dubbio se un socio intese di conferi-

[1] La società particolare pel Codice nostro è tanto quella:

a) la quale non ha per oggetto se non certe determinate cose, o il loro uso, ovvero i frutti che se ne possono ritrarre (*unius rei*),

b) quanto quella con cui più persone si associano per un'impresa determinata, o per l'esercizio di qualche mestiere o professione (*unius negotiationis*). Così dispongono i due articoli 1705 e 1706 del Codice.

[2] Regole consimili a queste troviamo espresse nel Codice nostro. Infatti l'articolo 1709 dichiara:

Ogni socio è debitore verso la società di tutto ciò che ha promesso di conferirvi. Quando ciò che si deve conferire, consiste in un determinato corpo di cui la società abbia sofferto l'evizione, il socio che l'ha conferito ne è garante verso la società, nel modo stesso che il venditore è obbligato per l'evizione a favore del compratore. (Concorda il diritto Romano, come si può argomentare dai fr. 14 e 15, *Dig. pro socio*, e dal fr. 3 *pr.*, *Dig. de act. emt. et vend.*). E l'articolo 1710 dispone, che il socio il quale doveva conferire alla società una somma, e non l'ha conferita, è *di diritto debitore degli interessi* di tal somma, dal giorno in cui doveva eseguirsi il pagamento, salvo il risarcimento dei danni. Lo stesso ha luogo riguardo alle somme che avesse prese dalla cassa sociale, gli interessi delle quali decorrono dal giorno che le ha ritirate per suo particolare vantaggio (concordano i fr. 60, *Dig. pro socio*, fr. 1 § 1, *Dig. de usuris*). Per l'articolo 1711, i soci che si sono obbligati ad impiegare per la società la loro industria, debbono render conto di tutti i guadagni fatti con quella specie di industria, che è l'oggetto della società (concorda il fr. 45, § 2, *Dig. de acq. vel omitt. hæred.*).

A tenore dell'articolo 1712, se uno dei soci è creditore per suo conto particolare di una somma esigibile verso una persona che è pure debitrice alla società di una somma ugualmente esigibile, deve imputare ciò che riceve dal debitore al credito della società e al proprio, nella proporzione dei due crediti, ancorchè con la quietanza avesse fatta l'intera imputazione al suo credito particolare: ma se ha dichiarato nella quietanza che l'imputazione è fatta interamente al credito della società, questa dichiarazione ha il suo effetto. — Ognuno può infatti rinunziare ad un proprio diritto.

Per disposto dell'articolo 1713, se uno dei socii ha ricevuto l'intiera sua porzione di un credito comune, ed il debitore diventa in appresso non solvente, questo socio deve conferire nella massa ciò che ha ricevuto, quantunque abbia rilasciato la quietanza specialmente a sconto della sua porzione

re, o la proprietà, o il godimento delle cose promesse, vuolsi presumere che intendesse conferire la proprietà, ove le cose conferite

(concorda il fr. 63, § 5, *Dig. pro socio*). Sarebbe iniquo che questo socio risentisse dei vantaggi che agli altri non fosse dato di godere.

Ciascuno dei soci è obbligato verso la società pei danni cagionati alla medesima per sua colpa, senza che possa compensarli cogli utili procacciati con la sua industria in altri affari. (Così l'articolo 1714, col quale concordano i fr. 25 e 26, *Dig. pro socio*). Procacciare alla società degli utili è suo obbligo, ma è ancora obbligo di non recar danno.

Le cose il cui *solo godimento* è stato posto in società, se consistono in corpi certi e determinati che non si consumano con l'uso, rimangono a rischio e pericolo del socio che ne è proprietario.

Se queste cose si consumano coll'uso, se conservandole si deteriorano, se sono state destinate ad essere vendute, o se furono poste in società sopra stima resultante da un inventario, esse rimangono a rischio e pericolo della società. Se la cosa è stata stimata, il socio non può ripetere che l'importare della stima. Tali regole, che si leggono nell'articolo 1715, concordano coi fr. 52, § 3 e fr. 58 *pr. e* § 1, *Dig. pro socio*.

Il socio incaricato dell'amministrazione in forza di un patto speciale del contratto di società, può fare, nonostante l'opposizione degli altri soci, tutti gli atti che dipendono dalla sua amministrazione, purchè ciò segua senza frode. Questa facoltà non può essere rivocata durante la società, senza una causa legittima; ma se è stata accordata con un atto posteriore al contratto di società, è rivocabile come un semplice mandato. Così dispone l'articolo 1720 in conformità dei fr. 65, § 4, *Dig. pro socio* e fr. 12, § 16, *Dig. mandati*.

Se più soci sono incaricati di amministrare, senza che siano determinate le loro funzioni o sia stato espresso che l'uno non possa agire senza l'altro, ciascuno di essi può fare separatamente tutti gli atti di tale amministrazione (art. 1721, col quale concorda il fr. 1, § 13, *Dig. de exercitoria actione*).

Se fu pattuito che uno degli amministratori non possa fare cosa alcuna senza l'altro, uno solo non può, senza una nuova convenzione, agire in assenza dell'altro, quantunque questi fosse nell'attuale impossibilità di concorrere agli atti dell'amministrazione; salvo che si trattasse di un atto di urgenza, dall'omissione del quale potesse derivare un grave ed irreparabile danno alla societá (art. 1722): eccezione questa, savissima, introdotta dal Codice nostro, seguitando la dottrina dei più chiari interpreti del diritto francese (Delvincourt, Tom. VII, pag. 293, note; Duvergier, nº 303; Duranton, nº 458, Tom. XVII; Delangle, nº 178).

In mancanza di patti speciali sul modo di amministrare, si osservano pel disposto dell'articolo 1723, le regole seguenti:

1º Si presume che i soci siensi data reciprocamente la facoltà di amministrare l'uno per l'altro (la qual presunzione a vero dire non pare che dal diritto Romano fosse ammessa, Vedi Molitor, *Della società*, § 659). L'operato di ciascuno è valido anche per la parte dei consoci, ancorchè non abbia riportato il loro consenso, salvo a questi ultimi, o ad uno di essi, il diritto di opporsi all'operazione prima che sia conclusa.

Anche questa massima nel diritto Romano non era ammessa. Tutto al più in diritto Romano, il socio che avesse preso danaro ad imprestito, e lo avesse versato nella cassa sociale, obbligava i soci verso di sè, ma non verso chi lo somministrò (Vedi il fr. 82, *Dig. pro socio*, confrontato coi fr. 16, *Dig. de rebus creditis* e fr. 27, *Dig. de pactis*).

2º Ciascun socio può servirsi delle cose appartenenti alla società, purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall'uso, e non se ne serva contro l'interesse della società, o in modo che impedisca ai suoi soci di servirsene secondo il loro diritto (concorda il fr. 52, § 13, *Dig. pro socio*).

3º Ciascun socio ha diritto di obbligare i consoci a contribuire con esso alle *spese necessarie per la conservazione delle cose della società* (concorda il fr. 12, *Dig. comm. divid.*).

4º Uno dei soci non può fare innovazioni sopra gli *immobili* dipendenti

sieno fungibili (*arg.* fr. 58, § 1, *Dig. h. t.*); il godimento, ove sieno cose immobili, o consistano in istrumenti, in utensili, od altri arnesi da lavoro che possano fare conseguire lo scopo sociale, senza che divengano comuni fra i soci (*arg.* fr. 58, *pr. Dig. h. t.*). Ma questa presunzione non varrebbe, quando dal ritenere che fosse conferito il solo godimento, risultasse troppo grande una sproporzione fra la collazione di un socio e quelle degli altri (*arg.* fr. 5, § 1, *Dig. h. t.*). Del resto, è questa una questione di volontà, questione anzichè di diritto, di fatto, la quale dunque non può risolversi che dietro l'esame di tutte le circostanze speciali del caso (VINNIUS, *Quæst. select. lib.*, cap. 54).

2° Allorquando gli altri soci non vi si oppongano, lice ad un socio amministrare gli affari sociali, purchè nel comune interesse e coerentemente allo scopo della società. In quest' amministrazione nell' ultimo stadio del diritto Romano, in cui prevalse l'opinione di Celso, il socio deve adoperare quella diligenza che adopera nelle cose proprie (*Instit.* § 9, *h. t.*, III, 25; fr. 52, § 2; fr. 72, *Dig. pro socio*, XII, 2). A gestione finita, deve render conto della medesima, ed è obbligato a pagare le usure sul danaro sociale, che avesse impiegato ad esclusivo suo personale vantaggio (fr. 1, § 1, *Dig. de usuris*, XXII, 1). Rimanendo debitore verso gli altri soci, non può venire condannato a pagare, se non *in quantum facere potest* (fr. 63, *Dig. pro socio* XVII, 2), ma chiarito colpevole di dolo, incorre nell' infamia (fr. 1; fr. 6, § 6, *Dig. de his qui not. infam.*, III, 2). Ha diritto di essere rimborsato delle spese fatte a pro della società; di esigere interessi sui capitali propri, dei quali è stato in disborso per avvantaggiare gli affari sociali; di venire risarcito di tutti i danni sofferti per interesse comune; e liberato da tutte le obbligazioni, che per la stessa ragione avesse dovuto contrarre (fr. 38, § 1; fr. 52, § 10 e 12; fr. 67, § 2, *Dig. h. t.*; fr. 52, § 4; fr. 60, § 1, *Dig. eod.*; fr. 67, *Dig. eod.*).[1]

3° Ogni socio ha diritto di partecipare ai lucri, come per altra parte ha obbligo di partecipare alle perdite. Intorno a tale

dalla società, ancorchè le reputi vantaggiose ad essa, se gli altri soci non vi acconsentono (concordano i fr. 28, *Dig. comm. divid.*, fr. 27, § 1, *Dig. de servit. præd. urb.*; fr. 11, *Dig. si servit. vind.*).

Il socio, che non è amministratore, non può nè *alienare nè obbligare* le cose, benchè *mobili*, le quali dipendono dalla società (art. 1724). Per diritto Romano niun socio poteva alienare ed obbligare più della sua porzione (fr. 16, *Dig. de reb. credit.*; fr. 68 *pr.*, *Dig. pro socio*).

[1] Concorda l'art. 1716.

partecipazione ai lucri ed alle perdite, sono da osservarsi le regole, che andiamo ad esporre:

a) Qualora le parti nel contrarre la società, non avessero stabilito nulla sulla repartizione dei lucri e delle perdite, gli uni e le altre debbono venire repartiti, non già in proporzione del valore della respettiva collazione, ma a porzioni uguali. Così è espressamente ordinato al § 1, delle Istituzioni imperiali a questo titolo (25, del lib. III). « Et quidem si nihil de partibus lucri et damni » nominatim convenerint, *æquales* scilicet partes, et in lucro et » in damno spectantur. » (Confr. fr. 29, *Dig. h. t.*, XVII, 2; Gajo, *Comm.*, III, § 150; *Nov.* 103 dell'imperatore Leone). Forse la legislazione Romana stabilì questa regola (che in astratto sembra iniqua) in considerazione della possibilità, che l'industria personale di un socio, più vantaggiosa di quella dell'altro, compensasse quel di più che l'altro socio avesse conferito in valori effettivi.

b) Se i soci avessero rimesso lo stabilire la misura della repartizione dei lucri e delle perdite, ad un arbitro designato individualmente, e scelto anche nel loro seno, deve rispettarsi la sua decisione, ove non sia apertamente iniqua; perocchè se fosse tale, meriterebbe la correzione del giudice (fr. 79, *Dig. h. t.*).[1] Ma se l'arbitro designato non vuole o non può fare quella repartizione, *nihil agitur:* non vi ha società (fr. 75, *Dig. h. t.*), appunto come non vi ha compra e vendita, se l'arbitro designato per stabilire l'ammontare del prezzo, non lo stabilisce (vedi sopra, § 334): allora esisterebbe una comunione di fatto, da sciogliersi con le regole proprie di quest'ente giuridico. Nella società, a differenza di ciò che avviene nella compra e vendita, le parti possono rimettersi ad un arbitro, senza designarlo individualmente; in tal caso lo nomina il giudice (fr. 76, *Dig. h. t.*).

c) Quando le parti, nel contrarre la società, stabilirono soltanto il modo di repartizione degli utili, si ha da ritenere che volessero repartite nella stessa misura ancora le perdite; e viceversa (Gajo, III, 150; Paolo, II, 16; *Instit.*, § 3, *h. t.*, III, 25; fr. 10, *Dig. de reg. juris*, L, 17).

d) Ove finalmente, le parti avessero stabilito espressamente la maniera di ripartire lucri e perdite, è giuoco forza rispettare questa legge, che da sè sonosi imposte (Gajo, III, 150; *Instit.*

[1] Concorda l'art. 1718.

§ 1, 2, 3, *h. t.*, III, 25; fr. 29 *pr.*, *Dig. h. t.*). Lice alle parti stabilire qualche disuguaglianza in siffatta ripartizione.[1] I compilatori delle Istituzioni imperiali (§ 2, *h. t.*, III, 25) narrano, come fra gli antichi giureconsulti si disputasse, se fosse lecito fissare nel concludere una società, che un socio godesse di due terzi degli utili, e soffrisse un terzo delle perdite, e l'altro soffrisse due terzi delle perdite, e godesse di un terzo degli utili: e ci apprendono, che Quinto Muzio considerava tal convenzione come contradittoria all'essenza della società, e per conseguenza come nulla; mentre Servio Sulpizio, la cui opinione prevalse, riteneva il contrario, rilevando, che talora l'industria di un socio è tanto preziosa per la società, da giustificare il vantaggio della sua condizione di fronte agli altri. Siffatto ragionamento sembrò tanto giusto (seguitasi a narrare nelle Istituzioni), che fu poi ammesso potersi validamente convenire che uno dei soci partecipasse ai lucri, e non alle perdite (GAJO, III, 149; fr. 29, § 1, *Dig. h. t.*, XVII, 2); ben inteso per altro, che nel trattare di lucri e di perdite si contemplano le perdite ed i lucri non di un solo, o di pochi affari, ma quelli di tutta la gestione sociale, quelli insomma definitivi, o finali (*Instit.*, § 2, *h. t.*, III, 25; fr. 30, *Dig. h. t.*, XVII, 2).

[1] Sulla repartizione dei lucri e delle perdite, il Codice stabilisce regole differenti alquanto dalle romane. Infatti l'articolo 1717 dispone: che se il contratto di società non determina la parte di ciascun socio nei guadagni o nelle perdite, tal parte è *in proporzione* di quanto ciascuno ha conferito pel fondo sociale. E riguardo a colui che non ha conferito che la propria industria, la sua parte nei guadagni o nelle perdite è regolata come la parte di colui che nella società ha conferito la *somma o porzione minore*.

L'articolo 1718, (concorde col diritto Romano) prescrive che si stia alla determinazione dell'arbitro, o del socio designato per determinare le porzioni, ammenochè non sia evidentemente iniqua. Ma aggiunge, che non è ammesso alcun reclamo a questo riguardo, quando sono decorsi più di *tre mesi* dal giorno in cui il socio che si pretende leso, ha avuto notizia della determinazione, o quando dal suo canto ha cominciato ad eseguirla.

Per l'articolo 1719 è nulla la *convenzione* che *attribuisce ad uno dei soci la totalità dei guadagni;* infatti gli altri soci verrebbero così esclusi da qualunque partecipazione ai lucri, e sarebbero astretti a partecipare alle perdite. Ed in ciò il citato articolo consuona col fr. 29, § 2, *Dig. pro socio*. Ma l'articolo stesso dichiara essere *parimente nulla la convenzione per cui i capitali o effetti* posti in società da uno o da più soci, si dichiarassero *esenti da qualunque contributo nelle perdite*. Il diritto Romano, invece, ammetteva che si potesse validamente convenire che l'uno dei soci non dovesse partecipare alle perdite, e soltanto partecipasse ai benefizi o guadagni (fr. 29, § 1, *Dig. pro socio*). Laonde per diritto Romano si esigeva la partecipazione ai guadagni, ma non già la partecipazione alle perdite; mentre pel Codice nostro si esige tanto l'una quanto l'altra partecipazione. Si avverta ancora, che il Codice dichiara *nulla* non la società, bensì la *convenzione* che attribuisse ad uno dei soci la totalità dei guadagni, o per cui i capitali o effetti posti in società da uno o più soci si dichiarassero esenti da qualunque contributo nelle perdite. Dunque la *società* varrebbe: nullo sarebbe il patto relativo alla repartizione dei lucri e delle perdite.

Ciò non pertanto, la società nella quale fosse stato stabilito che uno dei soci avesse da essere escluso da *qualunque partecipazione ai lucri*, ed essere astretto a partecipare alle perdite, sarebbe nulla, sarebbe la società della favola del leone con gli altri animali, società *leonina* (fr. 29, § 1 e 2; fr. 30, *Dig. h. t.,* XVII, 2).

4° Ciaschedun socio ottiene la esecuzione, ed è astretto alla esecuzione delle obbligazioni derivanti dal contratto di società, mediante l'*actio pro socio;* e con questa azione si ottiene eziandio lo scioglimento della società (fr. 52, § 13; fr. 65 *pr., e* § 15, *Dig. h. t.*, XVII, 2; *cost.* 5, *Cod. eod.,* IV, 37). Ma questa, come azione personale, non ha effetti attributivi di proprietà; con essa si ottiene che sieno fissate le porzioni intellettuali dovute a ciaschedun socio, le quali soltanto con l'*actio communi dividundo* e con l'*adjudicatio* che ne consegue, si traducono in porzioni reali ed effettive (fr. 1, *Dig. com. divid.*, X, 3; fr. 2 *pr., Dig. eod.*).

5° Ognuno dei soci ha la facoltà di disporre della sua quota sociale, può trasferire i diritti che ha su quella ad un terzo non socio; ma per questa traslazione, quel terzo non diviene socio. Del pari è lecito ad ogni socio di associarsi nella sua quota, una persona estranea alla società, ma per cotal guisa il socio del socio non diviene membro della primitiva società (fr. 19; fr. 20; fr. 21; fr. 22, *Dig. h. t.,* XVII, 2).[1]

b) Diritti ed obblighi fra i soci ed i terzi.

§ 375. In diritto Romano, non riconoscendosi un ente morale società, distinto dalle persone fisiche dei soci che la compongono, non si può dire parlando esattamente, che una società ha dei crediti e dei debiti verso i terzi estranei alla medesima; e quando si adopera quella locuzione s'intende di dire, che ciascuno dei soci individualmente è in quella relazione attiva o passiva di obbligazione. Importante esame è quello inteso a constatare come i soci possano venire in siffatte relazioni con gli estranei. Il modo più semplice si è, che tutti i soci insieme abbiano concluso direttamente il rapporto obbligatorio coi terzi, intervenendo di persona nella convenzione. Allora coerentemente ai principii generali (vedi sopra, § 239), sono tutti obbligati at-

[1] Concorda l'art. 1725.

tivamente o passivamente, a parti uguali, ossia per porzioni virili, quando anche il loro interesse nella società, non fosse uguale; conciossiachè sia per eccezione, che i più *exercitores navis* si obbligano *pro portionibus exercitionis* (fr. 4 *pr.*, *Dig. de exercit. act.*, XIV, 1).[1] Se poi non tutti i soci, ma uno solo, od alcuni fra essi, concludono delle convenzioni coi terzi, il vincolo obbligatorio, che ne deriva, lega solamente quel solo o quei pochi che intervennero personalmente a costituirlo (fr. 82, *Dig. h. t.*, XVII, 2.). Gli altri soci non ne risentiranno gli effetti utili e pregiudicevoli; ed i terzi non potranno per conseguenza agire contro di costoro, od essere da costoro convenuti, ove non si provi il *mandato*, la *ratifica*, o non ricorrano i termini della *negotiorum gestio*, o quelli della *in rem versio.*[2]

§ 376. Molti sono i *modi* coi quali si scioglie il contratto di società, ed alcuni derivano dalla volontà dei soci, altri sono indipendenti da quella. Vogliònsi esaminare e gli uni e gli altri successivamente.

a) Si scioglie la società, per volontà dei soci:

1° quando unanimemente concordano di porre termine alla medesima (fr. 65, § 3, *Dig. h. t.*, XVII, 2);

2° quando spira il tempo stabilito per la sua durata (fr. 65, § 6, *Dig. eod.*);

3° quando è compiuto l'affare, o raggiunto lo scopo, che i soci si erano proposti di compiere o di raggiungere (fr. 65, § 10, *eod.*; *Instit.*, § 6, *h. t.*, III, 25);

4° quando uno o più dei soci rinunziano alla società, tanto direttamente quanto per procuratore, così espressamente come tacitamente (fr. 65, § 7, 8; fr. 64, *Dig. h. t.*).[3] Della *rinunzia* è prezzo dell'opera trattare con qualche diffusione. Per regola è lecito ad ogni socio rinunziare alla società (fr. 63, § 10; fr. 65, § 3, *Dig. h. t.*, XVII, 2); conciossiachè essendo essenziali alla medesima la concordia e la buona armonia, sarebbe assurda cosa astringere un socio a rimanere in società suo malgrado. Così si spiega perchè il patto *ne abeatur*, contrario eziandio alla libertà personale, sia nullo (fr. 14; fr. 70, *Dig. h. t.*, XVII, 2). Tuttavolta tale renunzia ha regole differenti, secondochè la du-

[1] Concorda l'art. 1727.
[2] Concordano gli articoli 1726 e 1728.
[3] Concorda l'art. 1729.

rata della società, cui un socio vuol renunziare, è stata o no stabilita: (α) se il tempo di quella durata non fu determinato, ogni socio può liberamente rinunziare quando più gli aggrada. Tuttavolta, supposto che tal rinunzia fosse fatta *in momento tale*, che per la medesima *dolosamente* si venisse a privare la società di un lucro o di un vantaggio, cui avesse avuto diritto di aspettarsi, cotal rinunzia scioglierebbe gli altri soci dal rinunziante, ma non il rinunziante da essi: *a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare* (fr. 65, § 3, *Dig. h. t.*).[1] Per esempio, se in una società universale di tutti i beni, un socio pretendesse rinunziare alla medesima, per godersi solo un' eredità che gli è stata lasciata, e non comunicarla ai soci: la rinunzia fatta in quest'emergenza e con tale intendimento, scioglierebbe gli altri soci, non il rinunziante (*Instit.*, § 4, *h. t.*, III, 25; GAJO, III, 151); attalchè costui dovrebbe comunicare la eredità agli altri soci, senza che questi fossero nell' obbligo di comunicare a lui gli acquisti, che per avventura facessero. (β) Se il tempo della durata della società fu stabilito, non lice rinunziare senza gravi ragioni alla medesima, prima dello spirare di quello,[2] altrimenti il rinunziante *socium a se, non se a socio liberat.* Laonde, se, posteriormente alla sua rinunzia, furono fatti dei lucri dalla società, il rinunziante non vi partecipa, mentre deve sopportare la sua parte di perdite, che la società avesse a subire (fr. 14; fr. 15; fr. 16; fr. 65, § 6, *Dig. h. t.*, XVII, 2.).

b) Si scioglie la società, indipendentemente dalla volontà dei soci:

1° Per morte di uno dei soci; perocchè consentire ad associarsi con più persone riunite, non sia lo stesso che consentire ad associarsi con una o con alcune di queste persone separatamente: e la persona defunta poteva ispirare a taluno tanta fiducia, che in considerazione di costei abbia contratto una società, da cui in mancanza di essa sarebbesi astenuto (*Instit.*, § 5, *h. t.*, III, 25). Questa regola non varrebbe, qualora le parti nel contrarre la società avessero stabilito che, morto uno dei soci, seguitasse la società fra i superstiti; un tal patto sortirebbe efficacia (fr. 65, § 9, *Dig. h. t.*, XVII, 2).[3] Vero è bene, che una

[1] Vedi gli articoli 1733 e 1734.
[2] Concorda l'art. 1735.
[3] Concorda la seconda parte dell'art. 1732.

nuova società prenderebbe allora vita, ma sarebbe conseguenza del contratto col quale fu costituita l'antica. Non è lecito convenire che, morto un socio, la società seguiterà con l'erede di lui (fr. 59 *pr., Dig. h. t.,* XVII, 2), perocchè la società fondandosi sulla fiducia in certe persone, (*certam personam sibi eligit socius*), (*Instit., l. cit.*): questo fondamento manca di fronte all'erede del socio, che è persona incerta, e può riuscire non gradita (fr. 65, § 11, *Dig. h. t.,* XVII, 2.).[1] Nè il socio ovvierebbe a tale ostacolo, nominando e specificando la persona che sarà suo erede, con l'intendimento di farla conoscere ed aggradire agli altri soci, conciossiachè tale specificazione sarebbe invalida, come quella cui resisterebbe la regola, non essere lecito precludersi la via a mutare di ultima volontà, e limitarsi la libertà di testare (fr. 52, § 9, *Dig. h. t.*, XVII, 2). In diritto Romano, per eccezione non si scioglie con la morte di uno dei soci la *societas vectigalium*, ossia dei *Pubblicani:* essa continua eziandio con gli eredi del socio defunto (fr. 59, 65, § 15, *Dig. h. t.*, XVII, 2.) Morto uno dei soci, i suoi eredi succedono in tutti i diritti che aveva acquistato, ed in tutti gli obblighi che aveva contratto verso i suoi soci: in questo senso cioè, che possono riscuotere i suoi crediti, e che debbono pagare i suoi debiti, rimanendo tuttavolta estranei alla società (fr. 35, 36, 40, *Dig. h. t.,* XVII, 2). Ove fossero accolti come soci, verrebbe a costituirsi con loro una nuova società, diversa da quella vegliata con il loro autore (fr. 37, *Dig. eod.*). L'alienazione mentale di uno dei soci, darebbe diritto tanto al curatore del furioso, quanto agli altri soci di chiedere lo scioglimento della società (*cost.* 7, *Cod. h. t.*, IV, 38).

2° La morte civile, che si verifica per la *capitis diminutio maxima* o *media,* è causa di dissoluzione del vincolo sociale, alla pari della morte naturale (fr. 63, § 10, *Dig. h. t.*), non così la *minima* (fr. 63, § 10; fr. 65, § 11, *Dig. eodem*).

3° La società si scioglie eziandio per la confisca (*publicatio*) dei beni di uno dei soci, o per la cessione che egli ne facesse ai suoi creditori (*Instit.,* § 7, *h. t.,* III, 25; fr. 65, § 12, *Dig. h. t.,* XVII, 2; GAJO, III, 154; *Instit,* § 8, *l. cit.;* fr. 4, § 1; fr. 65, § 1, *Dig. h. t.*); ciò non avverrebbe, se il capitale da esso conferito alla società, non consistesse in danaro od in beni stabili, sibbene in un' industria personale, che la confisca e la cessione dei beni non potreb-

[1] Discorda l' artic. 1732, in principio.

bero colpire (*cit.* fr. 65, § 1, *Dig. h. t.*, XVII, 2; *Instit.*, § 7 e 8, *h. t.*). Può essere costituita una nuova società col debitore, che ha ceduto i suoi beni (*Instit.*, § 8, *l. cit.*).

4° La distruzione della cosa, obietto della società, e condizione necessaria all'esistenza di lei, la estingue (fr. 63, § 10; fr. 58 *pr.;* fr. 15, *Dig. h. t.*, XVII, 2).

5° Finalmente, un'ultima causa di estinzione del vincolo sociale sarebbe la sopravvenuta incapacità di un socio a prestare alla società la sua industria *personale*, che fu valutata qual sua collazione.[1]

[1] I modi pei quali la società finisce, enumerati nel Codice nostro, sono analoghi a quelli ammessi dal diritto Romano. Infatti per l'articolo 1729 la società finisce: 1° per lo spirare del *tempo* per cui fu contratta, 2° per l'estinzione della *cosa*, o pel compimento dell'affare, 3° per la *morte* di alcuno dei soci 4° per l'*interdizione*, per la *non solvenza*, o pel *fallimento* di alcuno dei soci, 5° per la *volontà espressa* da uno o più soci di *non volere* continuare la soci,età.

Intorno al *tempo*, l'articolo 1730 dichiara, che la prorogazione di una società contratta a tempo determinato, non può essere provata che con quei mezzi co' quali si può provare il contratto di società. Intorno all'*estinzione della cosa*, l'articolo 1731, (evidentemente supponendo che la cosa la quale perisce *non* sia di tale indole da doversi considerare quale condizione necessaria alla esistenza della società, talchè al mancare di essa, la società venga meno per mancanza di obietto, la qual mancanza porterebbe allora sempre l'estinzione della società, ma sia invece cosa senza la quale tuttavolta la società potrebbe altronde esistere) contempla tre casi:

1° caso - Che uno dei soci abbia promesso (sotto condizione) di mettere in comunione la proprietà di una cosa, e che questa perisca prima del purificarsi della condizione, e così prima che sia stata realmente conferita. E dichiara la società sciolta riguardo a tutti i soci. Suppone qui il legislatore che l'uno dei soci nel momento in cui fu contratta la società, non abbia conferito la cosa alla società stessa, bensì abbia promesso di conferirla al *verificarsi di una data condizione*. È evidente che la cosa così destinata ad essere conferita, *finchè la condizione pende*, non diviene proprietà della società. Or bene, se tal cosa perisce prima del verificarsi della condizione, il socio non può più conferirla; ma siccome la qualità di socio è sempre sottoposta alla condizione tacita di conferire, così mancando la collazione, manca nel promittente la qualità di socio; viene a mancare un socio, e la società si scioglie, appunto come si scioglie sempre al venir meno di uno dei soci.

Il 2° caso contemplato nell'articolo 1731 si è, che un socio abbia conferito il solo *godimento* di una cosa, ritenendone la *proprietà*, e che la cosa sia perita. L'articolo decide che la società è sciolta. Ed a ragione; perocchè il socio che conferisce il godimento di una cosa, acquista la qualità di socio sotto la condizione che questo godimento continui anche pel futuro; appunto perchè promette un che di futuro, come è il godimento di una cosa, la sua qualità di socio è alligata alla condizione che questo futuro si realizzi. Perita la cosa per una causa qualunque, il godimento futuro di essa è reso impossibile; la condizione a cui la sua qualità di socio era alligata, *manca;* deve dunque anche mancare quella qualità in lui; laonde viene meno un socio, e per conseguenza la società si estingue.

Il 3° caso contemplato dall'articolo 1731 si è, che venga a perire una cosa di cui già la proprietà fu conferita alla società; l'articolo decide, che non per questo la società rimane sciolta. Logica risoluzione; essendochè il socio che ha conferito la proprietà della cosa, ha acquistato la qualità di socio, *non già in modo condizionale*, *bensì assoluto*. Ed in vero non si può dire che l'abbia

e) MANDATO (*Mandatum*).

(*Instit.*, lib. III, tit. 26, *de mandato; Dig.*, lib. XVII, tit. 1, *mandati vel contra; Cod.*, IV, tit. 35, *mandati vel contra.*)

§ 377. Il contratto di mandato è: *un contratto consensuale, pel quale una persona, il mandatario, si obbliga verso un'altra, il mandante, a trattare gratuitamente gli affari leciti, dei quali quest'ultima la incarica.* [1] La voce *mandatum* deriva da *manum*

acquistata sotto la condizione tacita di conferire, perchè anzi conferì; e non si può dire che l'abbia acquistata sotto la condizione che il godimento della cosa continui anche per l'avvenire, perchè non promise il godimento, ma invece conferì la proprietà della cosa. Attalchè se la cosa perisce, egli non perde la qualità di socio, e però la società seguita ad esistere.

L'articolo 1732, relativamente alla *morte* di alcuno dei soci, stabilisce un principio diametralmente contrario al diritto Romano, dacchè dichiari potersi stipulare che in caso di morte di uno dei soci la società debba continuare coll'erede. Ammette poi questo articolo (e ciò in conformità col diritto Romano) la validità del patto che la società debba continuare fra i soci superstiti; ed in tal caso riconosce che l'erede del socio defunto non ha diritto che alla divisione della società, avuto riguardo allo stato in cui essa si trova al tempo della morte del socio, e non partecipa alle ulteriori ragioni, se non in quanto sono una conseguenza necessaria delle operazioni fatte prima della morte del socio a cui succede.

Riguardo allo scioglimento della società per rinunzia di uno dei soci, gli articoli 1733, 1734 e 1735 del Codice sostanzialmente concordano col disposto del diritto Romano. Infatti, l'articolo 1733 ammette lo scioglimento della società per volontà di una delle parti, in quelle società la cui durata non fu limitata, purchè tale rinunzia sia *fatta in buona fede, e non fuori di tempo*. E l'articolo 1734 dichiara che la rinunzia *non è di buona fede*, quando il socio rinunzia per appropriarsi egli solo il guadagno che i soci si erano proposti di ottenere in comune; ed è *fatta fuori di tempo*, quando le cose non sono più nella loro integrità, e l'interesse della società esige che ne venga differito lo scioglimento. L'articolo 1735 poi, decide che lo scioglimento della società contratta a tempo determinato non può domandarsi da uno dei soci prima che sia spirato il termine stabilito, se non per giusti motivi, l'apprezzamento dei quali è lasciato alla prudenza dell'autorità giudiziaria.

Finalmente l'articolo 1756 dichiara che sono applicabili alle divisioni fra i soci, le regole concernenti la divisione dell'eredità, la forma di tale divisione, e le obbligazioni che ne resultano fra i coeredi.

[1] Identica è la definizione dell'articolo 1737, se si prescinde dall'aggiunta, o *mediante un compenso*, che occorre dopo l'avverbio *gratuitamente;* conciossiachè pel Codice nostro il mandato possa essere *gratuito* e *correspettivo.* Vero è bene che per l'articolo 1739 viene dichiarato che il *mandato è gratuito, se non vi è patto in contrario;* dunque il legislatore lo riconosce almeno *per sua natura gratuito*, se non *gratuito essenzialmente*, come era per diritto Romano.

Notevole differenza fra il mandato pel Codice nostro, e pel diritto Romano, (come altrove fu già avvertito), è questa, che nel sistema del Codice il mandatario agisce in nome altrui e per interesse altrui, dappoichè pel Codice ciò sia permesso (vedi la nostra nota al § 276), mentre per diritto Romano il mandatario agisce in nome proprio, sebbene per interesse altrui; in ossequio alla regola: *alteri stipulari nemo potest;* regola ben diversa da quella

dare, il darsi la mano in segno di fede promessa ed accettata: perchè, come dice il giureconsulto Paolo, il mandato *originem ex officio*, *atque amicitia trahit* (fr. 1, § 4, *Dig. mandati vel contra*, XVII, 1): l'amico stringendo la mano all'amico, gli affidava i propri affari. (PLAUTO, *Captiv.*, *A.* II, *Sc.* 3, *v.* 82; TERENZIO, *Heautont.*, *A.* III, *Sc.* 1, *v.* 84). Le leggi attribuirono il carattere di contratto al mandato, dopo che l'esperienza ebbe dimostrato, come troppo di frequente l'amico abusasse della fiducia in lui riposta dall'amico, pregiudicandolo negli interessi commessigli, o questi pagasse d'ingratitudine quello, non liberandolo dagli impegni che aveva contratto per vantaggio di lui. Tardi per altro, il mandato divenne un'istituzione giuridica, dacchè, come già fu altrove reiteratamente avvertito, fosse un principio fondamentale del diritto Civile primitivo, che niuno avesse facoltà di farsi rappresentare *per extraneam vel liberam personam* nel concludere i negozi giuridici. Senonchè la Giurisprudenza, i Pretori, e poi le Leggi, temperarono a poco a poco questa regola rigorosa. E relativamente ai diritti patrimoniali reali, abbiamo già osservato che una costituzione di Settimio Severo, relativa al possesso, fosse causa che eziandio per rispetto al dominio, venisse implicitamente ammesso l'acquisto per via di rappresentante, persona libera ed estranea (vedi vol. I, lib. 2, § 79, e § 47, lett. c). In seguito lo stesso avvenne per riguardo ai diritti emergenti da un rapporto obbligatorio; non già che la persona la quale li acquistava per interesse di un altro, agisse in nome di costui; chè anzi doveva agire in nome proprio: ed obbligava sè verso gli estranei, gli estranei a sè, (appunto come il commissionario del nostro diritto commerciale); ma grazie ad alcuni mezzi indiretti, che

dell'articolo 1128, cioè che nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorchè per se medesimo.

Non è da credere che il Codice ammettendo la possibilità di un mandato, a titolo correspettivo, lo sia venuto a confondere con la locazione e conduzione di opere; imperocchè questi due contratti si possono sempre distinguere per l'*indole dei fatti* che vengono respettivamente stipulati e promessi; fatti i quali nel mandato sono di tale indole che sarebbe indecoroso retribuirli con un prezzo, ed i quali invece danno luogo ad un *onorario*, mentre nella locazione e conduzione di opera, possono senza disdoro retribuirsi con un *prezzo*. Aggiungasi che nella locazione e conduzione di opera il prezzo è dell'*essenza* del contratto: nel mandato non è, nè dell'*essenza*, nè della *natura* del contratto. Il mandato si scioglie per la morte del mandante; la locazione e conduzione di opera, non si scioglie con la morte del conduttore dell'opera altrui. Il mandatario può rinunziare al mandato *a cose intiere* senza incorrere in responsabilità alcuna; il locatore dell'opera propria non lo può. Per tali differenze è impossibile confondere il mandato con la locazione e conduzione di opera.

andiamo a descrivere, il resultato dell'operazione ridondava in sostanza sulla persona per interesse della quale era stata impresa. Da primo fu ammesso, che la persona la quale incaricò un'altra della conclusione di un affare, potesse agire, mediante l'*actio mandati*, contro l'incaricato affinchè gliene facesse avere il resultato. Questi così compulsato, agiva alla sua volta contro il terzo (col quale aveva contrattato in nome proprio) perchè eseguisse la sua obbligazione, e ne faceva passare il risultato al mandante. Viceversa, il terzo, che voleva godere del resultato di una convenzione conclusa a proprio vantaggio col mandatario, agiva contro di lui, e questi si faceva indennizzare con l'*actio mandati contraria,* dal mandante di quello che per conto di lui avesse dovuto pagare al terzo. Ad evitare tali tortuosi giri, fu stabilito in progresso di tempo, che il mandante si facesse cedere dal mandatario le azioni, che questi avrebbe potuto sperimentare contro il terzo: e viceversa, che il terzo si facesse cedere dal mandatario le azioni, che questi poteva sperimentare contro il mandante (fr. 8, § 10, *in f.;* fr. 10, § 6; fr. 43, 59 *pr.*, *Dig. h. t.,* XVII, 1; fr. 49, § 2, *Dig. de acq. poss.,* XLI, 2). Giunti a cotal punto, fu fatto un passo di più, dando a chi poteva farsi cedere quelle azioni, la facoltà d'intentarle in proprio, ma come azioni *utiles.* La differenza fra azioni *dirette o volgari,* ed azioni *utili* (create per analogia alle volgari), differenza dipendente dall'antica procedura, sparì con quella; in gius Nuovo rimase fra loro una pura differenza nominale: attalchè in gius Nuovo il mandante può liberamente agire contro i terzi, che contrattarono col suo mandatario: e viceversa questi possono agire contro di lui. Ciò non pertanto nel diritto Romano, rimase sempre la regola, che il mandatario agisce in proprio nome per interesse del mandante: egli non è (come oggi presso di noi) un rappresentante del mandante, che agisce a nome del medesimo. Il resultato pratico per altro, in sostanza ne è lo stesso. Tuttavolta sarebbe un errore il ritenere che l'idea di farsi rappresentare da una persona libera ed estranea, fosse rifiutata in un modo assoluto dal diritto Romano. Un'eccezione il diritto civile la introdusse nella procedura *per formule,* o *formularia.* Ad evitare gli imbarazzi della regola, per cui era vietato di stare in giudizio mediante un rappresentante, ammise il *cognitor,* che fu un vero rappresentante costituito solennemente dalle parti litiganti dinanzi al magistrato, e il quale,

perciò che atteneva al processo, fu considerato formare una sola persona con quella che l'aveva costituito (GAJO, IV, § 82 *e seg.*) Del pari il Pretore nel suo editto, in materia commerciale, e trattandosi di operazioni alle quali una persona era stata preposta da un'altra, considerò quel preposto (*institor* o *magister navis*), come rappresentante di chi lo aveva preposto (*dominus exercitor*). Infatti il preponente (*dominus negotiationis, exercitor*) fu come vedremo, vincolato personalmente e direttamente verso i terzi, coi quali aveva, in nome di lui contrattato il preposto; onde i terzi poterono a loro scelta convenirlo direttamente con le azioni *institoria* o *exercitoria*, o convenire l'*institor* o il *magister navis*; il preponente ed i preposti furono considerati come debitori *in solidum*, sebbene *correi veri e propri* non fossero. (SAVIGNY, *Obbligaz.*, § 21).

§ 378. Tre sono i requisiti del mandato:[1]

1° il consenso, 2° la gratuità, 3° un affare lecito ed onesto, certo, possibile ad eseguire, tale che possa reputarsi che il mandante lo faccia da se stesso per mezzo del mandatario, e che non sia nel solo interesse del mandatario.

1° *Il consenso.* Il mandato, come contratto consensuale, col semplice consenso si perfeziona, senza bisogno di formalità; può essere concluso a voce, o per iscritto, fra presenti, o fra assenti. Il mandato addimandando il solo consenso per esistere, può essere così tacito come espresso (fr. 60, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 6, § 2; fr. 18; fr. 53, *Dig. h. t.*, XVII, 1; *cost.* 6, *Cod. eod.*, VIII, 35).[2] Ma se il mandato è dato tacitamente, o tacitamente accettato, importa che sia bene constatato; generalmente non si presume, nè si estende da caso a caso (fr. 86, *Dig. de solut. et liberat.*, XLVI, 3; fr. 1, § 12, *Dig. de exercit. act.*, XIV, 1). Per eccezione vi sono persone che hanno un mandato *presunto* da altre. Tali sono i parenti o gli affini fra loro; p. e. il marito si presume abbia mandato dalla moglie a trattare gli affari di lei. Ma in questi casi le leggi esigono la cauzione *ratam rem haberi* (fr. 35 pr.; fr. 40, *Dig. de procurat.*, III; 3).

2° *La gratuità.* Ancorquando il mandato fu riconosciuto quale istituzione giuridica, conservò la sua pristina fisonomia di affare derivante *ex officio atque amicitia;* un salario od una mercede

[1] Due sono nel Codice nostro, la *gratuità* non essendo essenziale.
[2] Concorda l'art. 1738.

qualunque, promessi al mandatario come correspettivo di quello che sarà per eseguire a favore del mandante, fanno degenerare l'affare in una locazione e conduzione di opere: *interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit* (fr. 1, § 4, *Dig. h. t.*, XVII; *Instit.*, § 13, *h. t.*, III, 26). Fu per altro, reputata compatibile col mandato la promessa di un *onorario* (*honorarium*), come remunerazione (fr. 6, *Dig. h. t.*, XVII, 1), per fatti non mercenari, e specialmente per quelli del *procurator* in un processo; ma quell'onorario non potè essere ripetuto con l'azione del mandato, sibbene in una *cognitio extraordinaria* (*cost.* 1, *Cod. h. t.*, IV, 35).

3° Il mandato deve avere per obietto un *affare da eseguirsi, negotium gerendum*, non già eseguito, *non gestum*. Se dopo che Cajo ha prestato 100 scudi a Tizio, Sempronio lo incarica di fare a Tizio quell'imprestito, che ha già fatto a sua insaputa, non havvi mandato (fr. 12, § 14, *Dig. h. t.*, XVII, 1). L'affare, obietto del mandato, deve essere *lecito ed onesto: rei turpis, nullum mandatum est.* (fr. 6, § 3; fr. 12, § 11, *Dig. eod.*, XVII, 1). Deve essere un affare *certo*, perocchè nel mandato, come in tutti gli altri contratti, l'incertezza assoluta dell'obietto, osta alla sua validità. Inoltre, deve essere un affare che il mandante creda ragionevolmente di *possibile* esecuzione pel mandatario, altrimenti come *mandatum nugatorium* o *derisorium*, non avrebbe efficacia di sorta. L'affare deve essere eziandio di tal natura, da potersi reputare che il mandante lo faccia egli stesso per mezzo del mandatario, giusta il principio *qui mandat, ipse fecisse videtur*. Laonde se a Cajo, Tizio commette di andare da Sempronio, suo cassiere, e di prendere a mutuo per lui, Tizio, del danaro che a Tizio stesso appartiene: questo non sarebbe un mandato, niuno potendo ricevere a mutuo i propri danari (fr. 10, § 4, *Dig. h. t.*, XVII, 1). Finalmente, l'affare non deve concernere il solo interesse del mandatario, altrimenti sarebbe un consiglio, non un mandato: *quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacaneum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur* (fr. 2 *pr.*, *Dig. h. t.*; fr. 2, § 6, *Dig. eod.*; *Instit.* § 6, *h. t.*); ed il consiglio non obbliga chi lo riceve nè chi lo dà, ammenochè non resultasse dalle circostanze, che fu dato dal consigliatore nel proprio interesse, o che costui intese farsi mallevadore (*Instit.*, § 6, *h. t.*; fr. 6, § 4 e 5, *Dig. h. t.*). Appena occorre avvertire, che dando dolosamente

un consiglio nocivo, si diviene responsabili delle conseguenze del medesimo (fr. 47 *pr., Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 8, *Dig. de dolo malo*, IV, 3).

§ 379. Il mandato subisce diverse distinzioni, che si desumono, 1° dalla sua forma, 2° dalla qualità degli affari, 3° dalla sua estensione, 4° dal suo scopo.

1° *Forma*. Per questo riguardo distinguesi in *espresso e tacito* [1] (Vedi il § antecedente, n° 1, principio). La ratifica data ad un affare che altri ha fatto per noi, spontaneo, ed a nostra insaputa, equiparasi al mandato: *ratihabitio pro mandato habetur*; fr. 50, *Dig. h. t.*, XVII, 1; fr., 60, *Dig. de reg. juris.*, L, 17, *cost.* 3, *Cod. de contrah. stip.*, VIII, 38; fr. 9, *Dig. de negot. gestis*, III, 5). Il mandato può essere puro e *condizionale, a tempo, od in perpetuo* (fr. 3 e 4, *Dig. de procurat.*, III, 3; fr. 1, § 3, *Dig. h. t.*, XVIII, 1; *Instit.* § 12, *h, t.*, III, 26).

2° *Qualità degli affari commessi*. Sotto questo punto di vista, distinguesi il mandato in *giudiciale* e *stragiudiciale*, e ciò in doppio senso: cioè secondo che vengono commessi affari giudiciali o stragiudiciali, e secondo che il mandato viene conferito in giudizio o fuori (fr. 33 *pr.*, § 1; fr. 43 *pr.*, *Dig. de procurat.*, III, 3).

3° *Estensione degli affari commessi*. Relativamente a tale estensione, il mandato si distingue in *speciale, generale* e *universale*. [2] È *speciale, mandatum speciale, s. unius rei*, se ha per oggetto un singolo affare, fr. 1, § 1, *Dig. de procurat.*, III, 3; fr. 17, § 3, *Dig. jurejur.*, XII, 2; fr. 12 *pr.*, *Dig. de solut.*, XLVI, 3); è *generale, mandatum generale*, se ha per obietto una intiera specie d'affari (fr. 60, *Dig. de procurat.*, III, 3): è *universale*, se si riferisce a tutti gli affari del mandante (fr. 6, § 6, *Dig. h. t.*, XVII, 1; fr. 12, *Dig. de pactis*, II, 14; fr. 1; fr. 60, *Dig. de procurat.*, III, 3; fr. 17, § 3, *Dig. de jurejur.*, XII, 2; fr. 12 *pr.*, *Dig. de so-*

[1] Il Codice ammette esplicitamente la distinzione fra mandato *espresso* e *tacito* (art. 1738), e di più riconosce, che eziandio l'accettazione del mandato possa essere così *espressa* come *tacita*. Infatti l'art. 1738, dopo aver detto: il mandato può essere *espresso* o *tacito*, aggiunge: anche l'accettazione può essere *tacita*, e resultare dell'*esecuzione* che vi ha dato il mandatario. A nostro credere l'accettazione tacita può resultare ancora da altri fatti, oltre l'*esecuzione;* e nonostante le espressioni dell'art. 1738 (che potrebbero far nascer qualche dubbio) riteniamo che in certe circostanze di fatto, eziandio il silenzio, ed il non esplicito rifiuto possano valere come accettazione tacita.

[2] Il Codice distingue il mandato in *generale* e *speciale;* infatti l'art. 1740 dichiara: il mandato è *speciale* o *per un affare* o per *certi affari* soltanto; ovvero è *generale* per tutti gli affari del mandante.

tut., XLVI, 3; fr. 65, § 7, *Dig. pro socio*, XVII, 2). Il mandatario si chiama in tal caso, *procurator omnium bonorum*.

4° *Scopo*. Rispetto alla persona a vantaggio della quale il mandato ridonda, comunemente si distingue: in mandato *semplice*, e mandato *misto*. Due specie di mandato, assolutamente distinte, sono il *mandatum qualificatum* ed il *mandatum in rem suam*.

Mandato semplice.

§ 380. È quello fatto in grazia ed utilità del solo mandante, e dicesi *semplice*, perchè è questo il suo aspetto più liscio, la sua configurazione naturale e primitiva. Di esso occorrono esempi nelle Istituzioni Imperiali ai § 1 del titolo del Mandato (III, 26). Tale sarebbe il mandato, con cui si commettesse a taluno, di amministrarci i nostri affari, o di comprarci un fondo (fr. 2, § 1, *Dig. mandati*).

Mandato misto.

§ 381. È quello che ridonda a vantaggio:

a) o del mandante, e insieme del mandatario,

b) o del mandante, e insieme di terza persona,

c) o del mandante, del mandatario, e di terza persona insieme.

a) Il mandato ridonda a vantaggio del mandante ed insieme del mandatario, per esempio se il mandante commette al mandatario di dare del danaro ad imprestito fruttifero a qualcheduno, che lo prende per impiegarlo a vantaggio del mandante. (*Instit*, § 2, *h. t.*, III, 26; fr. 2, § 4, *Dig. mandati*, XVII, 1).

b) Il mandato ridonda in utilità del mandante e insieme di terza persona, se il mandante p. e. incarica taluno di amministrare degli affari, che ha a comune con una terza persona (*Instit.*, § 4, *h. t.*, III, 26; fr. 2, § 3, *h. t.*, XVII, 1).

c) Il mandato ridonda in utilità del mandante, del mandatario e di terza persona insieme, se verbigrazia, un contutore commette all'altro di comprare un servo per uno scopo necessario, come per coltivare il fondo del pupillo (fr. 8, § 4, *Dig. h. t.*, XVII, 1). La terza persona, ossia il pupillo, ne risente indubita-

bilmente vantaggio, nell'ipotesi che i suoi fondi abbiano bisogno di cultura e manchino braccia all'uopo; e vantaggio risentono pure i contutori, mandante l'uno, mandatario l'altro; poichè se l'uno non avesse dato quella commissione, e l'altro non l'avesse eseguita, nel rendimento di conti avrebbero dovuto indennizzare il pupillo, di cui non avrebbero abbastanza curato gli interessi, lasciando incolto il suo fondo.

Mandatum qualificatum.

§ 382. Così chiamasi il mandato che refluisce a vantaggio ed utilità di una persona diversa dal mandante, cioè o soltanto di un terzo, o del mandatario e di un terzo insieme. Cajo, p. e., incarica Sempronio di amministrare gli affari di Tizio, o di comprare un fondo a Tizio, o di imprestare a Tizio del danaro (*Instit.*, § 3, *h. t.*, III, 26; fr. 2, § 2, *Dig. mandati*, XVII, 1). In questi esempi, vantaggio dal mandato risente il terzo soltanto, non già il mandante. Ove poi Cajo avesse incaricato Sempronio di collocare del danaro, che questi tiene inoperoso, ad imprestito fruttifero con Tizio, il mandato risulterebbe vantaggioso al mandatario (Sempronio) ed al terzo (Tizio). E se il mandante (Cajo) avesse incaricato il mandatario d'imprestare quel danaro al terzo (Tizio) senza esigere interesse od usure, il mandato resulterebbe vantaggioso al terzo soltanto (*Instit.*, § 5, *h. t.*, III, 26; fr. 2, § 5, *Dig. eod.*, XVII, 1). In ambedue questi casi, il mandante non avendo un interesse proprio all'esecuzione del mandato, non può esigerne l'adempimento, come non potrebbe esigerlo il terzo: perchè verso di lui non si è obbligato il mandatario. Ma se il mandatario eseguisse volontariamente il mandato, egli avrebbe azione contro il mandante per ottenere rimborso delle spese cagionategli, e risarcimento dei danni risentiti dall'esecuzione del mandato. Oggi questa specie di mandato dicesi *mandatum qualificatum:* ed il mandante, nelle nostre Fonti, è in queste circostanze chiamato non già col nome ordinario di *mandans*, bensì con quello straordinario di *mandator* (fr. 12, § 14 e 15; fr. 28, *Dig. h. t.*, XVII, 1; fr. 13; fr. 41, § 1, *Dig. de fidejuss.*, XLVI, 1), sebbene talvolta *mandator*, impropriamente sia detto qualunque mandante (fr. 22, § 11, *Dig. h. t.*, XVII, 1). Vedremo in seguito, come il *mandatum qualificatum* sia una forma di mallevadoria, per un debito altrui.

Mandatum in rem suam.

§ 383. Si dice esistere *mandatum in rem suam*, quando taluno assume a trattare un affare, che in realtà è di un altro, ma in guisa da ritrarne per sè il vantaggio. Chi assume simile incarico dicesi *procurator in rem suam*, o *cessionarius* (fr. 31; fr. 55, *Dig. de procurat.*, III 3). A mo' di esempio, chi ha ricevuto la cessione delle ragioni di un altro, con la facoltà di appropriarsi ciò che ricaverà dall'esperimento delle medesime, è *un procurator in rem suam* (fr. 3, § 5, *Dig. quod jussu*, XV, 3; fr. 8, § 5, *Dig. h. t.*, XVII, 1; fr. 2, *Dig. depositi vel contra*, XVI, 3; fr. 31, *Dig. de act. emti et vend.*, XIX, 1; fr. 7, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7; *cost.* 6, *Cod. de obligat. et act.*, IV, 10). Quegli cui è assegnato un credito perchè lo riscuota, e ritenga per sè il riscosso, è un mandatario *in rem suam*, che ha il nome speciale di *adsignatarius*. Il mandatario *in rem suam*, sebbene tratti l'affare di un altro, siccome lo tratta, in ultima analisi, a proprio vantaggio, è veramente più presto che un mandatario, un cessionario.

§ 384. Vuolsi distinguere bene il mandato: 1° dal consiglio, 2° dalla raccomandazione, 3° dal comando, 4° dalla gestione degli affari altrui.

1° *Dal consiglio*. Chi non commette, ma insinua ad altri di fare una data operazione, un certo affare, non dà un mandato; bensì un consiglio. Nel mandato, il mandante ha un interesse: non già nel consiglio. Da questo non nasce di regola obbligazione, perchè ognuno cui è dato, è libero di valutare la opportunità di seguirlo o di rifiutarlo (*Instit.*, § 6 *in f.*, *h. t.*, III, 26).

2° *Dalla raccomandazione*. Attestando ad un amico, delle buone qualità di una persona raccomandata, ed anche del suo prosperoso stato economico, non si commette all'amico di concludere degli affari con la persona che si raccomanda: laonde chi fa la raccomandazione non si obbliga (fr. 12, § 12, *Dig. h. t.*, XVII, 1). La raccomandazione obbligherebbe, se prendesse il carattere di *credenziale* per una somma determinata, perocchè allora assumerebbe l'indole di mandato.

3° *Dal comando*. Chi impone al figlio, al servo, o più generalmente a persona sulla quale ha autorità, di eseguire un qualche fatto, non dà un mandato, sibbene un comando; giacchè si

vale dell' autorità che ha il superiore sull' inferiore o sul sottoposto: mentre il mandante non ha ascendente sul mandatario, che è un suo uguale, e non adopera ascendente. Fra comandatore e comandato non nasce vincolo obbligatorio, nasce bensì fra il comandatore ed il terzo.

4° *Dalla gestione degli affari altrui*. Chi imprende a trattare ultroneamente gli affari di un altro, ignorandolo quest' ultimo; non è mandatario, è *negotiorum gestor*. Differisce tal gestione così dal mandato tacito, come dall' espresso. Dal mandato tacito, perchè in questo il proprietario degli affari, che altri ha spontaneamente impreso a trattare, lo sa, e lascia fare. Esiste dunque un suo tacito assenso all' operato del gestore. Differisce dal mandato espresso, perchè in questo, chi tratta gli affari di un altro, lo fa dietro commissione, e così coll' assenso espresso del proprietario. Nella gestione degli affari altrui, manca tanto il consenso tacito quanto l' espresso del proprietario di quelli affari, conciossiachè ripetesi, egli perfino ignori che altri spontaneo siasi sobbarcato alla trattazione dei medesimi. Ma di ciò più diffusamente, quando tratteremo della *negotiorum gestio*.

§ 385. Gli *effetti* del mandato vogliônsi considerare:

1° Fra mandante e mandatario.

2° Fra mandante, mandatario ed i terzi.

1°) *Fra mandante e mandatario.*

§ 386. Il mandato è: un contratto bilaterale o sinallagmatico imperfetto: *direttamente* infatti deriva dal medesimo una sola obbligazione, quella del mandatario di eseguire la ricevuta commissione, obbligazione di cui il mandante ottiene l' adempimento mediante l' *actio mandati directa*; ma frequentemente, anzi d' ordinario, l'esecuzione del mandato fa sorgere l' obbligazione nel mandante di rimborsare il mandatario delle spese, cui avesse dovuto sobbarcarsi per eseguire il mandato, e di rilevarlo dalle obbligazioni, che per lo stesso scopo avesse dovuto contrarre. Laonde è comune in pratica il caso, che il mandatario debba sperimentare l' *actio mandati contraria*, per ottenere dal mandante quel rimborso, o quella rilevazione. È prezzo dell' opera farci a dichiarare partitamente, quali sieno gli obblighi

speciali, che in conseguenza del mandato, incombono necessariamente al mandatario, eventualmente al mandante.

a) Obblighi del mandatario.

§ 387. 1° È libero al mandatario non accettare il mandato: accettatolo, deve eseguirlo, e se non l'eseguisce incorre in responsabilità (fr. 22, § 11, *Dig. h. t.*, XVII, 1; fr. 27, § 2, *Dig. eod.*; *Instit.*, § 11; *h. t.*, III, 26). Di regola non è obbligato ad eseguire personalmente il mandato; può sostituire a sè altra persona, che l'eseguisca in sua vece (fr. 8, § 3, *Dig. h. t.*, XVII, 1), a meno che non emerga dalle circostanze, che il mandante ha scelto lui come mandatario, per la fiducia riposta in certe capacità eccezionali, che gli sono proprie, e che in altro individuo non occorrono di leggeri (fr. 2, § 1, *Dig. si mensor falsum modum dixerit*, XI, 6; fr. 21, § 3, *Dig. de negot. gestis*, III, 5). Sebbene il mandatario sostituisca a sè nell'esecuzione del mandato altra persona, egli rimane pur sempre personalmente responsabile verso il mandante, e fra il sostituito ed il mandante, non si stabilisce nessuna relazione obbligatoria (fr. 21, § 3; fr. 28, *Dig de negot. gest.*, III, 5; fr. 8, § 3, *Dig. h. t.*, XVII, 1).[1]

2° Il mandatario, nell'esecuzione del mandato, ha da rispettare i limiti della commissione ricevuta: ove li oltrepassi, non obbliga il mandante: bensì obbliga sè verso di lui per le conseguenze della sua arbitraria gestione (fr. 5 *pr.*, § 1 e 2; *Dig. h. t.*, *Instit.*, § 8, *h. t.*, III, 27). Qualora non abbia ricevuto una speciale commissione di alienare, le alienazioni non gli sono lecite: perocchè il mandatario abbia per regola facoltà di compiere atti amministrativi, e le alienazioni non entrino in questa categoria di atti. Tuttavolta come atti amministrativi, e non come alienazioni, hanno da considerarsi le vendite dei frutti e delle cose, che col serbare si guastano (fr. 63, *Dig. de procurat.*, III, 3).[2]

[1] Invece, per l'art. 1748 del Codice, viene disposto: « Ivi » Il mandatario è responsabile per colui che ha sostituito nell'incarico avuto:
1° quando *non gli fu concessa* la facoltà di sostituire alcuno:
2° quando una tale facoltà gli fu concessa senza indicazione della persona, e quella da lui scelta era *notoriamente incapace* o *non solvente*. In tutti i casi può il mandante *direttamente agire* contro la persona che venne sostituita dal mandatario.

[2] Il Codice all'art. 1741 dichiara che il mandato concepito *in termini generali* non comprende che *gli atti di amministrazione*. Quando si tratti di

Comunemente si insegnava, ed in pratica si riteneva, che il *procurator omnium bonorum* avesse, per riguardo alle alienazioni, facoltà differenti, secondo che era stato costituito con la clausula *cum libera administratione*, o senza quella clausula. Dicevasi che quando cotal procuratore fosse stato costituito con siffatta clausula, avesse facoltà di alienare: « Procurator cui generaliter *libera administratio* rerum commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare » (fr. 58, *Dig. de procurat.*, III, 3; *confr. fr.* 59, *Dig. eod.*; fr. 9, § 4, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1, *Instit.*, § 43, *de rer. divis.*, II, 1): quando mancasse tal clausula, alienare non potesse (fr. 63, *Dig. de procurat.*, III, 3). Ma non vuolsi dissimulare, che alcuni colti scrittori di diritto Romano (p. e. il Duareno, il Donello, il Vinnio ec.) rifiutano cotal distinzione, ritenendo (e secondo l'opinione nostra, con ragione) che nelle Fonti la locuzione *libera administratio* non abbia un significato tecnico, e che al *procurator omnium bonorum*, mentre non sia lecito per regola alienare ad arbitrio (fr. 63, *Dig. de procurat.*, III, 3), ciò gli sia permesso quando lo richieda il bisogno della sua amministrazione: specialmente quando si tratti dell'amministrazione di una taberna, di un traffico, che senza alienazioni e permute giornaliere, non possono sussistere (fr. 9, § 3 e 4, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 58, *Dig. de procurat.*, III, 3). Del resto, in diritto Romano molto estese sono in generale le facoltà del *procurator omnium bonorum*, perocchè possa intentare azioni pel suo mandante, e opporsi a quelle intentate contro il medesimo, transigere, novare, riscuotere, e pagare (fr. 12, *Dig. de pactis*, II, 14; fr. 17, § 16, *Dig. de injuriis*, XLVII, 10; fr. 20, *Dig. de novat. et delegat.*, XLVI, 2; fr. 11, *Dig. de pactis*, II, 14). Abbiamo detto, che il mandatario deve eseguire la commissione ricevuta, rispettandone

alienare, *ipotecare*, o fare altri atti che *eccedono l'ordinaria amministrazione*, il mandato deve essere espresso; per cotal guisa il Codice elimina ogni questione che i Romanisti facevano intorno al mandato generale accompagnato dalla clausola *cum libera*, e sull'estensione delle facoltà del *procurator omnium bonorum*.

L'articolo 1742, concorde col diritto Romano, sanziona il principio che: il mandatario non può fare cosa alcuna oltre i limiti del suo mandato; ed aggiunge · *la facoltà di fare transazioni non comprende quella di fare compromessi*. Le quali espressioni crediamo sieno aggiunte a mo' di esempio, per dimostrare che non lice argomentare da una facoltà espressamente concessa al mandatario, ad un'altra non espressa, comunque analoga. Così crediamo che chi ha ricevuto mandato di vendere, non possa ipotecare, ec. Tuttavolta quelle facoltà che ne presuppongono necessariamente altre, si debbono avere come concedute, quando concedute sono queste altre.

i limiti, ma con questo non abbiamo inteso di dire, che il mandatario debba servilmente stare alla lettera del mandato senza curarne lo spirito; anzi egli più che alle parole, deve obbedire alla intenzione del mandante (fr. 46, *Dig. h. t.*, XVII, 1), e gli è lecito, quando l'obietto del mandato non sia assolutamente certo e determinato ancora nei suoi mezzi di esecuzione, scegliere fra questi, quelli che (senza pregiudizio del mandante) gli sembrano più opportuni (fr. 46; fr. 62, § 1, *Dig. h. t.;* XVII, 1).

3° Il mandatario deve render conto della sua gestione (fr. 46, § 4, *Dig. de procurat.,* III, 3) e consegnare al mandante tutto ciò che ha ricevuto per conto di lui, nell'esecuzione del mandato (fr. 10, § 2, 3, 8, 9; fr. 20 *pr., Dig. h. t.,* XVII, 1). Paga le usure sui denari, che ha riscosso pel mandante, non solamente se è in mora di restituirli, o se li ha erogati a proprio vantaggio, o li ha accomodati a imprestito fruttifero (fr. 10, § 2, *Dig. h. t.,* XVII, 1), ma eziandio se per trascuranza li ha lasciati inoperosi, mentre il mandante aveva il costume di tenerli impiegati a frutto (fr. 10, § 3, *Dig. h. t.,* XVII, 1).[1]

4° Il mandatario è responsabile, non soltanto del dolo, quant'ancora della colpa leve (fr. 23, *Dig. de reg. juris,* L, 17, *cost.* 11, 13, 21, *Cod. h. t.,* IV, 35; fr. 8, § 1, 8; fr. 9; fr. 10 *pr.*, § 1, 12; fr. 29, 31, 41, 42, 44, *Dig. eod.,* XVII, 1).[2] È vero, che egli non ritrae ordinariamente nessun vantaggio dal contratto, tuttavolta siccome poteva ricusarsi ad assumere l'incarico affidatogli, la legge vuole che egli giustifichi la fiducia che ha avuta nelle proprie forze, esigendo da lui che adoperi la diligenza, propria in astratto, d'un padre di famiglia diligente.

5° Incorre nell'infamia, qualora si faccia reo di dolosa, o di gravemente colposa amministrazione (fr. 1; fr. 6, § 6, *Dig. de his qui not. infam.,* III, 2; *cost.* 21, *Cod. h. t.,* IV, 35).

[1] Per l'articolo 1747, ogni mandatario deve render conto del suo operato, e corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza del mandato, quantunque ciò che ha ricevuto non fosse dovuto al mandante.

L'articolo 1750 dichiara, che il mandatario deve gli interessi delle somme che ha impiegato a proprio uso dalla *data del fattone* impiego, e gli interessi di quelle di cui è rimasto in debito, dal *giorno in cui fu costituito in mora.*

[2] L'articolo 1746 vuole responsabile il mandatario non solamente pel *dolo,* ma anche per la *colpa* commessa nell'esecuzione del mandato. Tale responsabilità riguardo alla colpa, è applicata, quando il mandato è gratuito, meno rigorosamente che nel caso contrario.

b) Obblighi del mandante.

§ 388. Il mandante, può incorrere in questi obblighi:

1° Di rimborsare le spese, e anticipazioni che il mandatario avesse fatto (fr. 12, § 9; fr. 56, § 4, *Dig. h. t.;* fr. 10, § 9, 10, *Dig. eod.*) per la esecuzione leale del mandato, ancorquando non avesse potuto, ma per circostanze a lui non imputabili, conseguire il resultamento contemplato dal mandante (fr. 56, § 4, *Dig. h. t.,* XVII, 1, *cost.* 4, *Cod. eod.,* IV, 35); nè può il mandante ricusarsi a rimborsare per intiero quelle spese, col pretesto che da sè egli avrebbe potuto condurre a termine l'affare a miglior mercato: quando d'altronde, il mandatario non è rimproverabile per omissione di diligenza (fr. 27, § 4; fr. 56, § 4, *Dig. h. t.,* XVII, 1; *cost.* 4, *Cod. eod.,* IV, 35).[1]

2° Di pagare al mandatario gli interessi del danaro, che avesse anticipato, o che avesse dovuto prendere ad imprestito fruttifero, per adempire alla ricevuta commissione (fr. 12, § 9, *Dig. h. t.,* XVII, 1).[2]

3° Di risarcire il mandatario dei danni, che avesse risentito nell'esecuzione del mandato, quando essi sieno una *conseguenza necessaria* del mandato stesso[3] (fr. 26, § 6, *Dig. h. t.,* XVII, 1; (fr. 61, § 5, *Dig. de furtis,* XLVII, 2; *arg.* fr. 52, § 4, *Dig. pro socio,* XVII, 2), ma non già quando quei danni si verificarono soltanto per occasione del mandato (fr. 26, § 7, *Dig. h. t.,* XVII, 1).

4° Di liberare il mandatario da tutti gli obblighi, nei quali può essere incorso, per la esecuzione del mandato (fr. 45 *pr.,* § 1-5, *Dig. h. t.,* XVII, 1).[4]

[1] Concorda l'art. 1753.
[2] Concorda l'art. 1755.
[3] Concorda l'art. 1754.
[4] L'articolo 1754 dichiarando che il mandante deve tenere indenne il mandatario delle perdite sofferte per occasione degli assunti incarichi, quando non gli si possa imputare alcuna colpa, viene implcitamente a sanzionare l'obbligo nel mandante di liberare il madatario dalle obbligazioni che avesse contratto per l'esecuzione del mandato.

Per l'articolo 1752 il mandante è tenuto ad esigere le obbligazioni contratte dal mandatario, secondo le facoltà che gli ha date. Ma non è obbligato per quello che il mandatario avesse fatto oltre tali facoltà, se ciò non è stato espressamente o tacitamente ratificato. Concorda il diritto Romano. (Vedi *cost. ult. Cod. ad SC. Maced.;* fr. 1 *e seg., Dig. rem. rat. hab.*)

L'articolo 1756 stabilisce *solidalità legale* fra i più mandati di un affatre a loro comune, verso il mandatario «ivi» se il mandato è stato conferito da più persone per *un affare comune,* ciascuna di esse è *tenuta in solido* verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato; mentre questa *solidità legale* è esclusa dal Codice fra più mandatari. Infatti l'articolo 1749

5° Il mandante ritraendo vantaggio dal contratto, è responsabile ancora della colpa leve (fr. 61, § 5, *Dig. de furtis,* XLVII, 2). A cagione di dolo incorre nella infamia (fr. 6, § 5, *Dig. de his qui not. inf.,* III, 2), sebbene per regola vi incorra solamente chi è condannato in seguito dell'esperimento a suo carico di una *azione diretta* (fr. 6, § 6, *Dig. eod.,* III, 2); ma pel mandante si fa eccezione alla regola.

389. È tempo ora di esamimare gli effetti del mandato.

2) *Fra mandante, mandatario, ed i terzi.* [1]

In gius Nuovo, mandante e mandatario sono considerati quasi come una sola persona, relativamente alle obbligazioni contratte dal mandatario coi terzi. Laonde il mandante ha un'azione *utile* contro il terzo col quale il mandatario ha contrattato, e viceversa

così si esprime: se in un solo atto si sono costituiti più mandatari o procuratori, l'obbligazione *in solido tra essi non ha luogo*, se non è stata pattuita.

Questa differenza nel trattamento legislativo fra mandanti e mandatari rivela il favore del legislatore pei mandatari. Il loro ufficio è abbastanza di per sè penoso e delicato, senza che la legge lo renda anche più grave col dichiararli debitori solidali. Lo stesso favore pei mandatari ha dettato la disposizione opposta, per la quale i più mandanti *in un affare comune* sono invece dichiarati obbligati solidalmente verso il mandatario. La legge ha voluto agevolare al mandatario l'esazione dell'indennità, che può essergli dovuta. Lo stesso favore è accordato dall'articolo 1844 al comodante contro più comodatari, che hanno preso unitamente a *prestito la stessa cosa*. Anch'essi sono obbligati in solido verso il comodante.

[1] Per disposto dell'articolo 1743, la moglie non può accettare mandato senza l'autorizzazione del marito. Il *minore emancipato* può essere scelto per *mandatario;* ma il mandante non ha azione contro il mandatario minore, se non giusta le regole generali relative alle obbligazioni dei minori.

L'articolo 1744 dichiara, che quando il mandatario agisce *in suo nome*, il mandante non ha azione contro coloro coi quali il mandatario ha contrattato, nè i medesimi l'hanno contro il mandante. In tal caso il mandatario è per altro *direttamente obbligato* verso la persona con cui ha contrattato, come se l'affare fosse proprio. Così avveniva pel diritto Romano, più antico; dacchè come abbiamo ripetuto più volte, per quella legislazione il mandatario contraeva *in nome proprio*, ed i terzi coi quali contrattava erano affatto estranei ai rapporti giuridici interceduti fra costui col quale contrattavano, e coloro dai quali esso aveva ricevuto commissione di contrattare. Ma prima con la *cessione delle azioni*, poi con l'accordare le *azioni utili*, il rigore del principio fu modificato; ed i terzi che contrattarono col mandatario poterono agire contro il mandante, ed il mandante contro di essi. Nel Codice invece, ammesso il principio che si possa contrattare in nome altrui, per interesse altrui, dovevasi per conseguenza logica stabilire l'altro: che chi contratta in nome proprio, obblighi soltanto sè, comunque contratti per interesse altrui. (Vedi art. 1744 combinato con l'art. 1128).

Ma il mandatario che ha dato alla parte con la quale ha contrattato in tale qualità, *una sufficiente notizia delle facoltà ricevute*, non è tenuto ad alcuna garanzia per quello che avesse operato oltre i limiti del mandato, eccetto che si fosse per ciò personalmente obbligato (art. 1751).

il terzo ha un'azione utile contro di lui mandante (fr. 13, § 25, *Dig. de act. emt. et vend.*, XIX, 1; fr. 31 *pr.*, *Dig. de negot. gest.*, III, 5; fr. 19, *Dig. de instit. act.*, XIV, 3; fr. 10, § 5, *Dig. h. t.*, XVII, 1; *cost* 5, *Cod. de instit. act.*, IV, 25). Il terzo, finchè dura il mandato, può agire contro il mandatario, che possiede dei beni del mandante, ma non può farlo, estinto il mandato. A mandato estinto può agire contro il mandatario, solamente qualora detto mandatario avesse oltrepassato i limiti del mandato.

§ 390. Il mandato si *estingue*, oltre che pel compimento dell'affare commesso, ancora:

1° Per concorde volontà delle parti; alla pari di tutti gli altri contratti consensuali, col consenso si conclude, e col consenso si scioglie (*Instit.*, § *ult.*, *quib. mod. toll. oblig.*, III, 29).

2° Per revoca del mandante,[1] purchè sia fatta a cosa *integra* (*Instit.*, § 9, *h. t.*, III, 29; fr. 12, § 16, *Dig. h. t.*, XVII, 1, Gajo, III, 159); giacchè se l'affare fu già cominciato, il mandante potrà revocare il mandato, ma dovrà rimborsare il mandatario delle spese, che avesse fatto per l'esecuzione: dovrà rilevarlo dalle obbligazioni contratte, e risarcirlo dei danni, che potesse avere risentito. Tutto quello che il mandatario facesse, dopo la revoca, non avrebbe effetto fra esso ed il mandante (fr. 25, § 14, *Dig. de acq. vel. omitt. hered.*, XXIX, 2; fr. 4, *Dig. de manum. vind.*, XL, 2). L'equità esige che il mandatario non risenta nocumento per quello che ha fatto dopo la revoca del mandato, ma prima di venirne in cognizione; ed esige del pari che i terzi, i quali hanno eseguito dei pagamenti nelle mani del mandatario, posteriormente a quella revoca, ma ignorandola, non rimangano pregiudicati (fr. 15, *Dig. h. t.*, XII, 1; fr. 12, § 2; fr. 34, § 3, *Dig. de solut. et liberat.*, XLVI, 3). Le leggi in questi casi assistono il mandatario ed i terzi di buona fede, tenendo fermi atti che di per sè sarebbero nulli;[2] e ciò fanno per salvare costoro dal subire una perdita (*de damno vitando*); ma se si trattasse invece di fare un lucro (*de lucro captando*), cesserebbe quell'assistenza legislativa (fr. 25, § 14, *Dig. de acq. vel amitt. hered.*, XXIX, 2; fr. 4, *in f.*, *Dig. de manum. vind.*, XL, 2). La revoca del

[1] Concorda l'art. 1758. « ivi » Il mandante può, quando vuole, rivocare il mandato, e costringere il mandatario a restituirgli lo scritto che lo comprova.

[2] Concorda l'art. 1759. « ivi » La rivocazione del mandato notificata soltanto al mandatario non può opporsi ai terzi, i quali, ignorandola, hanno agito *in buona fede* con esso, salvo al mandante il regresso contro il mandatario.

mandato può essere tanto *tacita,* quanto *espressa.* È *tacita* quando il mandante eseguisce da sè l'affare commesso al mandatario (*cost.* 3, *Cod. h. t.,* IV, 35), o rende in altra maniera impossibile l'esecuzione del mandato: p. e. dopo avere incaricato Gajo di pagare a Tizio, revoca a Tizio il mandato da riscuotere da Gajo (fr. 38, § 1, (*Dig. de solut.,* XLVI, 3). Revoca tacita di mandato, resulta eziandio dalla costituzione di un altro mandatario, per un affare già affidato a un mandatario primo, affare che non ammette due mandatari (fr. 31, § 2, *Dig. de procurat.,* III, 3).[1]

3° *Per rinunzia del mandatario.* Come il mandante può revocare il mandato, così il mandatario può rinunziarlo, quando la cosa sia *integra.* Ma se la rinunzia fosse intempestiva, cioè fatta dopo avere cominciato ad eseguire la commissione (*re non integra*), e prima di averla condotta a termine: e non militassero a favore del mandatario giuste ragioni per rinunziare (come malattia grave, assenza per affari dello Stato ec.), è tenuto per i danni che a cagione di quella rinunzia il mandante potesse soffrire (*Instit.,* § 11, *h. t.,* III, 26; fr. 22, § 11; fr. 23-25; fr. 27, § 2, *Dig. eod.,* XVII, 1).[2]

4° Per *morte del mandante.* Il mandatario per quella non ha più il diritto, nè il dovere giuridico di eseguire il mandato.[3] Non il diritto perchè, estinta la persona che diedegli commissione, la commissione stessa sparisce: non il dovere, perchè si era obbligato verso la persona del mandante, e non verso i suoi eredi, pei quali può mancare di quell'amicizia, che lo consigliò ad accettare l'incarico affidatogli dal loro autore (fr. 26, *Dig. h. t., cost.* 15, *Cod. eod.*). Laonde, il mandatario incaricato di rimettere a taluno una somma a titolo di donazione o di mutuo, non trasferisce la proprietà della medesima, se la consegna dopo la morte del mandante: perocchè nel momento della tradizione, mancò la volontà della persona, che poteva dare a quella consegna efficacia traslativa di dominio (fr. 2, § 6, *Dig. de donationibus,* XXXIX, 5; fr. 41, *Dig. de reb. credit.,* XII, 1). Se non che anche qui l'equità esige, che il mandatario ed i terzi di buona fede non abbiano a risentire danno dagli atti eseguiti, ignorando la morte del

[1] Concorda l'art. 1760, ma bisogna che la nomina del nuovo mandatario sia notificata all'antico, e la revoca produce effetto solo dal giorno della notificazione.

[2] Concorda l'art. 1761.

[3] Per l'articolo 1743 deve terminare l'affare già cominciato, quando morì il mandante, se il ritardo è pericoloso.

mandante. Egli è per ciò che al mandatario è conceduta (sebbene *utiliter*) l'*actio mandati contraria* onde essere esonerato dai danni, che risentirebbe per avere eseguito il mandato dopo la morte del mandante, ignorandola (fr. 26, *Dig. h. t.,* XVII, 1). Vuole giustizia, che egli non provi pregiudizio per un fatto a lui non imputabile (*Instit.,* § 10, *h. t.*, III, 26; fr. 19, § 3 *in f., Dig. de donat.,* XXXIX, 5). Per lo stesso motivo, i terzi che hanno pagato al mandatario, ignorando la morte del mandante, *æquitatis causa* sono liberati (fr. 26, *Dig. h. t.,* fr. 19; § 3, *Dig. de donat.,* XXXI, 5, *Instit.,* § 10, *h. t.,* III, 26).[1] L'esecuzione del mandato, fatta dal mandatario dopo la morte del mandante, ma nell'ignoranza di quella, o con l'acquiescenza anche tacita degli eredi, è valida se consiste nell'adempimento di un'obbligazione già contratta dal mandante (fr. 33, *Dig. de acq. poss.,* XLI, 2). Appena occorre avvertire, essere lecito ai contraenti convenire, che i poteri del mandatario non cesseranno per la morte del mandante; anzi cotal convenzione sarebbe sottintesa quando l'affare obietto del mandato fosse di tale indole, da non potere essere eseguito che dopo la morte del mandante (fr. 12, § 17; fr. 13; fr. 27, § 1, *Dig. mandati,* XVII, 1).

5° *Per morte del mandatario.*[2] Il mandato essendo fondato sopra la fiducia in una determinata persona, il mandante può non riporla negli eredi del defunto, ai quali per avventura manchino quelle attitudini speciali, che la esecuzione di alcuni affari addimanda. Viceversa, gli eredi del mandatario possono non volere favorire di loro servigi il mandante, verso il quale non fossere stretti da quei vincoli di amicizia, che univano a lui il loro autore. Per questi motivi, gli eredi del mandatario non hanno il diritto, nè il dovere giuridico di eseguire il mandato, lasciato incompiuto dal loro autore: quello che essi facessero per compierlo, ignorando la morte del loro autore, non obbligherebbe il mandante (fr. 27, § 3; fr. 57, *Dig. h. t.,* XVII, I.), neppure *æquitatis*

[1] Concorda l'art. 1762. « ivi » È valido ciò che fa il mandatario, in nome del mandante, nel tempo che ignora la morte di lui, od una delle altre cause per cui cessa il mandato, purchè sieno in buona fede coloro coi quali contratta.

[2] L'articolo 1763 prescrive, che in caso di morte del mandatario, i suoi eredi consapevoli del mandato, ne diano avviso al mandante, e provvedano frattanto a ciò che le circostanze richiedono, per l'interesse di questo.

Oltre tutte le circostanze di estinzione del mandato, annoverate nel testo alle presenti note, l'articolo 1757 ricorda ancora l'interdizione, e il fallimento sia del mandante sia del mandatario; ed aggiunge ancora l'inabilitazione dell'uno o dell'altro, se oggetto del mandato siano atti ch'essi non potrebbero direttamente fare senza l'assistenza del curatore.

causa: perocchè in essi quell' ignoranza non è scusabile. Comunque il mandato cessi con la morte del mandante o del mandatario, i diritti già acquistati per ragione del medesimo, da ognuno di essi contro l'altro, passano nei respettivi loro eredi (fr. 14, § 1, *Dig. h. t.,* XVII, 1; fr. 59 *pr.,* § 1, *Dig. eod., cost.* 8, *Cod. eod.,* IV, 35). Gli effetti della morte naturale del mandante o del mandatario, per riguardo al mandato, sono da parificarsi agli effetti della morte civile (*capitis diminutio maxima* o *media*); lo stesso dicasi della liberazione della servitù, ove si tratti di un mandato dato o ricevuto da un servo (fr. 11, *Dig. de rebus cred.,* XII, 1; fr. 7, § 2, *Dig. pro emtore,* XLI, 4); per lo contrario la *minima capitis diminutio* non ha in questo conseguenza alcuna (fr. 12, § 6; fr. 61, *Dig. h. t.,* XVII, 1).

§ 391. Una specie irregolare ed anomala di mandato è quella:

a) dei sensali, *proxenetæ,* specialmente quando essi non agiscono spontanei, ma dietro commissione, (vedi *Dig. de proxeneticis,* L, 14). Peraltro ricevendo essi *mercede,* piuttosto alla locazione e conduzione di opere, che al mandato, si avvicina il contratto che essi pongono in essere colla persona per la quale trattano. I mezzani, o sensali ricevono una mercede (*proxeneticum*) diversa a seconda dell' indole degli affari che concludono, e per le odierne leggi regolata da tariffe speciali, che variano ancora a seconda dei luoghi.

b) Altra maniera singolare di mandato è quello dato ai procuratori *in litem,* i quali assumono la difesa di una causa, rappresentandovi la persona dei litiganti. Gli avvocati non rappresentano la persona dei loro clienti: ne patrocinano gl' interessi. Al patrocinatore della lite è vietato, come altrove fu detto il patto quotalizio; quel patto per diritto Romano è nullo, (fr. 53, *Dig. de pactis,* II, 14; fr. 1, § 12, *Dig. de extraord. cognit.,* L, 13).[1] Il mandato che ricevono i causidici non è incompatibile con un *onorario*; essi possono anzi reclamarlo in una *extraordinaria cognitio*; (fr. 1, § 10 e 13, *Dig. de extraord. cognit.,* L, 13).

c) Conoscevano i Romani ancora un mandato a stimare, e misurare un fondo, mandato che si dava agli *agrimensores.* Se costoro, per dolo o per colpa, avessero riferito una misura diversa dalla vera, dovevano rigorosamente indennizzare i loro mandanti, o chiunque dal fatto loro fosse stato leso. A prestare

[1] Concorda l'art. 1458, capoverso 2°.

questa indennità, erano astretti con un *actio in factum* (fr. 1; fr. 3, § 1, 5, *Dig. si mensor. fals. mod. disc.,* XI, 6), azione che sebbene pretoria, poteva sperimentarsi durante 30 anni (fr. 4, *Dig. h. t.*, XI, 6).

β) Dei patti.

(*Dig.,* lib. II, tit. 14, *de pactis; Cod.,* lib. II, tit. 3, *de pactis.*)

§ 392. Non ha guari furono da noi distinti i *contratti* dai *patti,* e fu dichiarato come i patti si distinguano: in *patti non nudi* e *patti nudi;* e quei primi si suddistinguano in patti *adietti, legittimi* e *pretorii.* (vedi sopra, § 278, lett. d)). Di queste tre categorie di patti è giunto il momento di dover trattare.[1]

I. Patti Adietti (*Pacta adjecta*).

§ 393. I patti adietti essendo parte integrante dei contratti, cui sono aggiunti, e venendo considerati quasi come condizione del consenso reciproco, furono fatti valere con l'azione nascente dal contratto, al quale accedevano. Laonde, qualora taluno avesse aggiunto uno di questi patti, p. e. al contratto di compra e vendita, l'esecuzione del patto adietto si otteneva mediante l'*actio emti,* o l'*actio venditi,* secondo che il patto era favorevole al compratore od al venditore (fr. 7, § 4; fr. 7, § 6, *Dig. de pactis,* II, 14). Ma affinchè questi patti producessero azione dovevano:

1° essere adietti ad un contratto di buona fede, ed essere
2° stabiliti contemporaneamente al contratto, dall'unione

[1] Ripetiamo qui quel che abbiamo detto altra volta, cioè che pel Codice nostro non vi ha più distinzione fra contratti e patti; e se la parola patto, talora trovasi adoperata, lo è nel senso di clausola aggiunta ad un contratto (vedi gli articoli 1134, 1139, 1434, 1515, 1663, 1884, capoverso 1 ec. ec.). Di patti *adietti* potrebbesi dunque continuare a parlare, ma nel senso di clausole aggiunte ad un *contratto qualunque.* Il nome poi di *patti pretorii* e di *patti legittimi*, nome essenzialmente istorico, e proprio della istoria del diritto Romano, non ha più ragione di essere. Patti *nudi* in contrapposto a patti *non nudi* non esistono più: perocchè pel Codice tutte le convenzioni nelle quali occorrono i requisiti essenziali enunciati dall'art. 1104, danno vita ad una obbligazione ed azione; e quei contratti per i quali la legge richiede *sotto pena di nullità* la formalità della scrittura, in mancanza di questa formalità, *sono nulli* in modo assoluto, e per conseguenza non valgono neppure come obbligazioni naturali (vedi l'articolo 1310, e gli articoli 1314, 1382, 1443, 1831, capov. 2°, 1880, 1978, 1056).

col quale ripetevano efficacia. Se aggiunti ad un contratto di stretto gius, o ad un contratto di buona fede, ma dopo la sua conclusione, non producevano azione (fr. 7, § 5 e 6, *Dig. de pactis*, II, 14, *cost.* 13, *Cod. de pactis*, II, 14). È impossibile indicare *a priori* tutte le specie diverse de' patti adietti; dacchè possono essere tanti, quante sono le modificazioni della umana volontà. Importa per altro che sieno tali da non alterare le condizioni essenziali del contratto, cui sono adietti: e valga il vero non potrebbero ripetere efficacia da un contratto, che essi distruggessero. Fra i patti adietti, meritano speciale menzione i seguenti, relativi per la massima parte al contratto di compra e vendita:

a) Il patto di prelazione, *pactum protimeseos*, col quale il venditore di una cosa si riserba il diritto, a *condizioni uguali*, di ricomprarla *a preferenza di chiunque* altro, supposto che il compratore volesse venderla (fr. 75, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 122, § 3, *Dig. de verb. obblig.*, XLV, 1). Ove il compratore, non rispettato questo patto, avesse venduto ad altri la cosa, sarebbe obbligato ad indennizzare la persona cui per cotal guisa mancò di fede, ma essa non avrebbe un' azione reale a fine di perseguitare la cosa in mano dei terzi (fr. 75, *Dig. de contr. emt.*, XVIII, 1; fr. 21, § 5, *Dig. de act. emti. et vend.*, XIX, 1).

b) Il patto di retrovendita (*pactum de retrovendendo*) o di riscatto, col quale il venditore si riserba il diritto dopo, o durante un certo tempo, di ricomprare la cosa venduta, od al prezzo stesso per cui la vende, o ad un altro prezzo determinato (fr. 12, *Dig. de præscript. verb.*, XIX, 5; *cost.* 2, *Cod. de pactis int. emt. et vendit. compos.*, IV, 54). Se il compratore vendesse la cosa a persona diversa da quella con la quale stipulò cotal patto, quest'ultima non potrebbe rivendicarla dalle mani del terzo, ed avrebbe soltanto un'azione personale contro il violatore del patto. Chiamano *pactum de retroemendo*, il patto opposto a questo ora descritto, cioè il patto col quale il compratore si riserba il diritto di obbligare il venditore a ricomprare la cosa, dopo o durante un certo tempo, pel medesimo prezzo, o per un prezzo differente, determinato.[1]

[1] Il Codice nostro contiene molte disposizioni relativamente al patto di riscatto, aggiunto al contratto di compra e vendita, che vogliamo esporre qui. L'articolo 1515 definisce il riscatto convenzionale come un patto, per cui

c) Il patto commissorio (*pactum commissorium s. lex commissoria*), pel quale si conviene, che quello dei contraenti, che

il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo capitale, ed il rimborso delle spese e di qualunque altro pagamento legittimo fatto per la vendita, per le riparazioni necessarie, e per quelle altresì che hanno aumentato il valore del fondo, sino all'importare dell'aumento (rimborso di cui si parla nell'articolo 1528).

Ma considerando come questo patto vincoli il libero movimento della proprietà, il legislatore nostro, se per rispetto a quel legittimo sentimento di affezione alla cosa cui le presenti strettezze del proprietario costringono a vendere, (ma che per questo patto egli può riacquistare, migliorate le sue condizioni economiche) lo ha conservato, per altro ha prescritto che non possa stipularsi per un tempo maggiore di *cinque anni;* ed ha ordinato che quando sia stipulato per un tempo maggiore venga ridotto al termine anzidetto (art. 1516), e che il termine fissato sia perentorio, e non possa essere prorogato (art. 1517).

Non promuovendo il venditore l'azione di riscatto nel termine convenuto, il compratore *rimane proprietario irrevocabile* (art. 1518). Il termine decorre contro qualunque persona anche minore di età, salvo il regresso contro chi di ragione (art. 1519).

Per l'articolo 1520 il venditore che ha pattuito il riscatto può promuoverne l'azione contro i terzi acquirenti, quantunque nei respettivi contratti non sia stato denunziato il riscatto convenuto. Per diritto Romano contro i terzi possessori non vi sarebbe stata azione; soltanto si sarebbe potuto agire con l'*actio venditi,* o con l'*actio prescriptis verbis* contro il compratore (vedi la *cost.* 2, *Cod. de pact. int. empt. et vendit.*).

Il compratore col patto di riscatto si ha per proprietario, ma di proprietà revocabile (art. 1602). Per l'articolo 1521, egli esercita tutte le ragioni del suo venditore. La prescrizione decorre a favore di lui tanto contro il vero proprietario, quanto contro coloro che pretendessero avere ragioni od ipoteche sopra la cosa venduta. Egli può opporre il benefizio dell'escussione ai creditori del suo venditore. Può locare irrevocabilmente il fondo, purchè per un tempo non maggiore di un triennio (art. 1528, capoverso); ma non può alienarlo irrevocabilmente (art. 1520) nè gravarlo di pesi o di ipoteche in pregiudizio del venditore (art. 1528, capoverso), e non può usare della facoltà di licenziare il conduttore sino a che con lo spirare del termine fissato per il riscatto non divenga irrevocabilmente proprietario (art. 1602).

Se il compratore col patto di riscatto di parte indivisa di un fondo, è divenuto aggiudicatario del fondo intiero per incanto fra condividenti provocato contro di lui, può obbligare il venditore a redimere tutto il fondo, quando egli voglia far uso del patto (art. 1522),

Se più persone hanno venduto unitamente e mediante un solo contratto un fondo tra esse comune, ciascuna può promuovere l'azione di riscatto sopra soltanto la parte che le spettava (art. 1523). Ha luogo la stessa disposizione se chi ha venduto il fondo ha lasciato più eredi; ciascuno di questi può fare uso della facoltà del riscatto per la parte soltanto di cui è erede (art. 1524)

Il compratore in questi casi (contemplati dai citati art. 1523 e 1524) può pretendere l'intervento in causa di tutti i venditori del fondo comune o di tutti i coeredi, affinchè concordino tra loro pel riscatto del fondo intiero. Se non concordano egli viene assoluto dalla domanda (art. 1525). Tuttavia non volendo uno o più dei coeredi e dei venditori del fondo comune effettuare il riscatto, possono gli altri ed anche un solo eseguirlo nella totalità per proprio conto (art. 1525 capoverso).

Se diversi proprietari di un fondo non l'abbiano venduto unitamente e per intero, ma ciascuno abbia venduto la sola sua parte, essi possono separatamente esercitare l'azione di riscatto sopra la porzione che loro apparteneva. Il compratore non può costringere colui che in tal modo lo esercita, a ricomprare l'intero fondo (art. 1526).

Se il compratore ha lasciato più eredi, l'azione di riscatto non si può promuovere che contro ciascuno di essi, e per la parte che gli spetta, tanto

non eseguisce la obbligazione derivante dal contratto concluso, decada dai diritti, che gli competono in forza del contratto medesimo (*Dig. de lege commissoria*, XVIII, 3). Tal patto, lo vedemmo altrove, non può essere aggiunto al pegno (vol. I, lib. II, § 212, n° 4). Nella compra e vendita viene generalmente apposto a favore del venditore, non pagato. Può essere apposto in duplice modo: o in modo che il contratto cui è adietto non abbia efficacia, in caso di inesecuzione dentro un tempo determinato (ed allora lo dicono apposto come condizione sospensiva) o in modo che il contratto abbia efficacia, ma in caso di inesecuzione si risolva (ed allora lo dicono apposto come condizione risolutiva). Nel dubbio si presume apposto in questo secondo modo (fr. 1, *Dig. de lege commis.,* XVIII, 3). Generalmente si ritiene, che nel caso in cui il patto commissorio sia stato stipulato a favore del venditore, e che il compratore, decaduto dai suoi diritti abbia venduto alla sua volta la cosa, si ritiene, diciamo, che la persona da cui questi la comprò, possa rivendicarla in mano di chiunque, ed averla libera da qualsiasi onere reale, imposto sulla medesima. Questa opinione l'appoggiano sul fr. 8, *Dig. de lege commissoria* (XVIII, 2), e sulla *cost.* 4*, Cod. de pactis inter emtorem et venditorem* (IV, 54). Ma noi teniamo una opinione opposta, fondandoci sulle espressioni chiarissime, non perfuntorie, e veramente tecniche della *cost.* 3, *Cod. de pactis inter emtorem et venditorem* (IV, 54). « Ivi » qui ea lege prædium vendidit, ut » nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, » ad se reverteretur: si non precariam possessionem tradidit, » *rei vindicationem non habet*, *sed actionem ex vendito.* » (Vedi Maynz, vol. II, § 320, n° 3).

d) Il patto dell'*addictio in diem* (*pactum addictionis in diem*), col quale le parti convengono, che il contratto di compra e ven-

nel caso in cui la cosa venduta sia ancora indivisa, quanto in quello in cui la medesima sia stata tra essi divisa. Ma se l'eredità fu divisa, e la cosa venduta è compresa nella porzione di uno degli eredi, l'azione di riscatto può essere promossa contro di lui per la totalità (art. 1527).

Il venditore che fa uso del patto di riscatto deve, per l'articolo 1528, rimborsare il compratore nel modo che abbiamo indicato nella definizione di questo patto. Egli non può rientrare in possesso senza aver sodisfatto a quest'obbligazione. Egli rientra in possesso del fondo riprendendolo esente da tutti i pesi e da tutte le ipoteche di cui il compratore lo avesse onerato; però è tenuto (come abbiamo detto) a mantenere le locazioni fatte senza frode, dal compratore, purchè sieno di una durata inferiore a 3 anni. Questo patto, se è *concomitante* al contratto di vendita, con l'esser fatto valere la risolve; se è *posteriore*, dà vita ad una nuova vendita.

dita venga rescisso, se, dentro un certo tempo, migliori condizioni per vendere, sono offerte al venditore (*Dig. de in diem addictione*, XVIII, 2). Questo patto, alla pari dell'antecedente, può essere apposto qual condizione sospensiva della vendita, o qual condizione risolutiva; e nel dubbio si riterrà come apposto in quest'ultimo modo (fr. 1; fr. 2 *pr.*, *Dig. de in diem addict.*, XVIII, 2; fr. 2, § 4, *Dig. pro emtore*, XLI, 4). Dichiarammo altra volta (vol. I, lib. II, § 77, nº 2), che una delle eccezioni al principio dell'irrevocabilità del dominio, si verifica appunto in conseguenza dell'*addictio in diem*; laonde il venditore cui si presenti un altro compratore a condizioni migliori (fr. 4, § 6; fr. 5; fr. 14, § 5; fr. 15, § 1, *Dig. h. t.*, XVIII, 2), condizioni che il primo compratore non voglia uguagliare (fr. 6, § 1; fr. 7; fr. 8, *Dig. eod.*), in forza di questo patto può, per eccezione ai principii generali, rivendicare la cosa in mano al terzo, e riprendersela libera da qualunque *jus in re* (fr. 41 *pr.*, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 4, § 3, 4, *Dig. de in diem addict.*, XVIII, 2).

e) Il patto di riservo di dominio (*pactum reservati dominii*) col quale il venditore di una cosa se ne riserba il dominio, finchè non è stato pagato del prezzo. Questo patto sembra a primo aspetto inutile, perocchè sia regola inconcussa, che il venditore resta proprietario della cosa venduta finchè non è pagato del prezzo stabilito; ma inutile in realtà non è; e di vero serve a constatare, che la vendita non è stata fatta sotto fede di prezzo. In conseguenza di cotal patto, sospeso non rimane il contratto di compra e vendita, bensì sospesa è la traslazione della proprietà; attalchè il rischio e pericolo della cosa venduta passa nel compratore, il quale d'ordinario la possiede *precario* (fr. 20, *Dig. de precario* XLIII, 26; fr. 16, *Dig. de peric. et com. rei vend.*, XVIII, 6). Lo stesso scopo del patto di riservo di dominio, ha il patto col quale taluno si *riserva una ipoteca* sulla cosa venduta sotto fede di prezzo, appunto per garanzia del pagamento del prezzo medesimo.

f) Il patto di non prestare l'evizione (*de non præstanda evictione*). Il nome spiega l'indole di questo patto, che il diritto Romano ammette (fr. 11, § 18, *Dig. de act. emti et vend.*, XIX, 1).

g) Il patto di pentimento (*pactum pœnitentiæ*, *seu displicentiæ*), col quale le parti, o l'una di esse, si riserbano il diritto di pentirsi durante un certo tempo (fr. 3, *Dig. de contr. emt.*,

XVIII, 1; fr. 2, § 5, *Dig. pro emtore*, XLI, 4; *cost.* 4, *Cod. de œdil. act.*, IV, 58). In generale questo patto ha in diritto Romano il carattere di condizione risolutiva, ma può per volontà delle parti assumere anche quello di condizione sospensiva (*Instit.*, § 4, *de emt. et vendit.*, III, 23).

h) L'*anticresi*, patto che occorre nel pegno, e del quale abbiamo già trattato (vedi vol. I, lib. II, § 212, n° 4).

i) Il patto di non vendere (*pactum de non alienando*), che proibisce al compratore di vendere la cosa, o assolutamente, o ad una determinata persona (*cost.* 7, *Cod. de reb. al.*, IV, 51), L'alienazione eseguita in spreto di questo patto, non è nulla, ma può dar luogo ad un'azione in risarcimento di danni, a favore di chi lo stipulò, contro chi lo violò.

II. Patti Legittimi (*pacta legitima*).

§ 394. I patti, che volgarmente si chiamano legittimi, e che nel testo si dicono *legitimæ conventiones* (fr. 6, *Dig. de pactis*, II, 14), sono quelli rivestiti di azione dalle costituzioni imperiali. Limitato è il loro numero, e noi tratteremo solamente dei due più importanti fra essi, cioè del patto della donazione, e del patto della dote.

A) Patto della Donazione.

(*Instit.*, lib. II, tit. 7, *de donationibus*; *Dig.*, lib. XXXIX, tit. 5, *de donationibus*; *Cod.*, lib. VIII, tit. 54, *de donationibus*.)

§ 395. I compilatori delle Istituzioni imperiali collocarono le donazioni fra i modi di acquistare il dominio, ma a torto, essendochè esse sole non producono questo effetto, ed a produrlo faccia di mestieri che sieno susseguite dalla tradizione; anzi la verità è, che il dominio si acquista realmente per la tradizione, di cui la donazione è soltanto una *justa causa*. Aggiungasi che d'ordinario la donazione dà unicamente un titolo per ottenere la consegna della cosa donata, laonde più presto che un modo di acquistare il dominio, è causa di un rapporto obbligatorio. Per siffatto motivo, questo ci sembra il luogo acconcio a trattarne.[1]

[1] Il Codice Civile Italiano, dopo aver trattato delle successioni, e prima di trattare delle obbligazioni e dei contratti, si occupa delle donazioni. Definisce la donazione parafrasando le parole del diritto Romano, giacchè la dice: un

§ 396. *Donatio* è voce che deriva *a dono; donatio dicta est a dono, quasi doni datio* (fr. 35, § 1, *Dig. de mortis causa donat.*, XXXIX, 6). La donazione è *una ultronea liberalità fatta da una persona, il donante, ad un' altra, il donatario che l' accetta. Liberalitas nullo jure cogente, in accipientem facta* (fr. 29, *Dig. h. t.*, XXXIX, 5, fr. 82, *Dig. de reg. juris*, L, 17). All'esistenza di una donazione, addimandasi il concorso di tre condizioni:

1° Che sia un' ultronea liberalità, vale a dire fatta sponta-

atto di *spontanea libertà*, col quale il donante si spoglia *attualmente* ed *irrevocabilmente* della cosa donata, in favore del donatario, che l' *accetta* (art. 1050). Prescrive che tutti gli atti di donazione sieno fatti per *atto pubblico*: altrimenti sono *nulli* (art. 1056); e dichiara che la donazione non obbliga il donante, e non produce effetto, se non dal giorno in cui viene accettata (art. 1057).

Laonde il Codice nostro non considera come donazioni se non che quelle fatte *inter vivos*, e con la *forma contrattuale*. La donazione *mortis causa* nel sistema del Codice si confonde col testamento.

Le liberalità che non rivestono la *forma contrattuale*, non sono in questo sistema, considerate come donazioni. E valga il vero, il Codice non considera come donazione l' estinzione del debito di un altro, fatta a sua insaputa, e senza sottentrare nei diritti del creditore (art. 1238); la novazione che si compie col sostituire un nuovo debitore, senza il consenso del primo, che rimane liberato (art. 1270), la remissione del debito che si opera dal creditore con la volontaria restituzione al debitore del titolo originale del credito, sotto forma privata (art. 1279). È notevole che pel Codice queste liberalità non vanno sottoposte alle regole delle ordinarie donazioni; il perchè crediamo che rimangano irrevocabili anche in caso di sopravvenienza di figli e di ingratitudine del beneficato.

Il Codice non considera come donazioni vere e proprie neppure i *doni manuali*, infatti non li contempla, anzi implicitamente li esclude con l' articolo 1056, quando dichiara: che tutti *gli atti di donazione*, debbono essere fatti per *atto pubblico*. E non poteva logicamente fare altrimenti, giacchè i doni manuali non possono avere per obietto che cose *mobili per loro natura*, *e titoli al portatore*, e di queste cose il possesso produce a favore del terzo di buona fede l' effetto istesso del titolo (art. 707).

Il Codice poi, non sottopone alla formalità delle donazioni quelle liberalità, che sono l'accessorio di un contratto a titolo oneroso (art. 1128, capoverso.)

Limitandosi a considerare come donazioni soltanto quelle fatte *inter vivos* e sotto la *forma contrattuale*, parrebbe che il Codice avesse dovuto collocare le donazioni fra i contratti, e precisamente fra quelli a titolo gratuito o di beneficenza (art. 1101); ed in vero a molto importanti regole dei contratti le sottopone (vedi per esempio l' articolo 1160, confrontato con l' art. 1065); ma forse il legislatore nostro, considerando che tanto le donazioni quanto i testamenti sono e le une e gli altri maniere di disporre a *titolo gratuito* (sebbene le prime *inter vivos*, i secondi *mortis causa*) e che generalmente la capacità di donare o di acquistare per donazione è regolata dalle stesse norme che governano la capacità di testare o di succedere, nel Codice ha fatto delle donazioni un titolo separato, quasi di transizione fra la materia delle successioni e quelle dei contratti.

Del resto la donazione *debitamente accettata* è perfetta fra le parti, e la proprietà degli effetti donati si intende trasferita nel donatario, senza necessità di tradizione (art. 1062) giusta il principio generale ammesso dal Codice che la proprietà e gli altri diritti sulle cose, si acquistano per successione, per *donazione*, per effetto di convenzioni *senza bisogno di tradizione* (art. 710, e art. 1125, 1448). Lice per altro donare la proprietà di una cosa riservandosene l' usufrutto o l' uso (art. 1074) e viceversa lice donare il solo usufrutto o uso (art. 1091 e art. 810, art. 1314, n° 2).

neamente: *nullo jure cogente* (fr. 1 *pr., Dig. h. t.*, XXXIX, 5; fr. 29, *Dig. eod.*). Quindi non sarebbe donazione il pagamento di una obbligazione *naturale:* perocchè non sia quello un atto spontaneo (*sine causa*), fatto senza esservi obbligato da un vincolo di gius. Ma donazione sarebbe il dare per gratitudine, conciossiachè la gratitudine non è un legame giuridico. Manca la donazione, appena occorre notarlo, ogni qualvolta ciò che viene dato, è un correspettivo di ciò che si è ricevuto, o si vuole ricevere.

2° Che cagioni una diminuzione del patrimonio del donante, assottigliandolo di un valore apprezzabile: che sia insomma pel donante un' *alienazione,* e che aumenti di un valore ugualmente apprezzabile il patrimonio del donatario. Adunque il commodato, il precario etc. non sono donazioni; e di vero non sono alienazioni, sono *beneficia.* Non è *donare,* l'omettere di aumentare il proprio patrimonio (fr. 28 *pr., Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 5, § 13, 14; fr. 31, § 7, *de donat. int. vir. et uxor.,* XXIV, 1); talchè non si considerano come donazioni, la rinunzia a degli interessi non ancora scaduti, (fr. 23 *pr., Dig. h. t.*), la remissione di un pegno, (fr. 1, § 1, *Dig. quib. mod. pign. solvi.,* XX, 6), la rinunzia ad una obbligazione *inanis* (fr. 3, *Dig. de condit. sine causa,* XII, 7), o ad una successione ereditaria deferita, ma non ancora adita (fr. 28, *Dig. de verb. signif.,* L, 16).[1] Non esiste donazione, se il patrimonio del donatario non risente un aumento valutabile a contanti; perciò chi manomette un servo, sebbene diminuisca il proprio patrimonio, non dona, perchè il manomesso acquista la libertà, che è *res inæstimabilis* (fr. 106, *Dig. de reg. juris,* L, 17). Aumento non risente il patrimonio del donatario, in conseguenza di un atto il cui effetto si limiti a confermare, ed assicurare un diritto già esistente. Per questo motivo il farsi mallevadore, il consentire un' ipoteca, non è donare al creditore (fr. 1, § 19, *Dig. si quid in fraud. patr.,* XXXVIII, 5).

3° Che il donante abbia l'*animus donandi,* vale a dire l'intenzione di fare una liberalità. Chi *per errore* paga ciò che non deve, non ha l'animo di donare, e perciò ha la *condictio indebiti* per ripetere il pagato; lo stesso si dica di chi, stretto dal biso-

[1] Pel nostro Codice Civile il possesso dell' eredità, fin dal momento della delazione cominciando a far parte del patrimonio della persona cui è deferita, la rinunzia alla eredità medesima si considera come donazione (argom. dall'art. 949).

gno, vende ad un prezzo lesivo; appunto perchè non intende a fare una liberalità, può chiedere la rescissione del contratto.

§ 397. Le donazioni possono assumere forme molto diverse. Talvolta occorrono sotto l'aspetto di atti unilaterali, e sono esenti dal bisogno dell'accettazione del donatario: come, p. e., la costituzione di una dote fatta da un estraneo, anche all'insaputa della dotata: o le spese fatte *donandi animo*, sulla cosa altrui. Tal altra volta occorrono sotto l'aspetto di convenzioni, ed allora il consenso di ambedue le parti è necessario alla loro esistenza: non basta la volontà del donante; si richiede l'accettazione almeno tacita del donatario (fr. 10; fr. 19, § 2, *Dig. h. t.*, XXXIX, 5; fr. 55, *Dig. de oblig. et act.* XLIV, 7; VAT. FRAGM., § 263). Ma finchè manca tale accettazione, almeno tacita (fr. 27, § 1; fr. 34; fr. 44, *Dig. de negot. gest.*, III, 5; *cost.* 11, 13, 15, *Cod. eod.*, II, 19), il donante può cambiare la sua volontà di donare, ritrattando la donazione, ancorchè rimasta ignota al donatario (fr. 18 *pr.*, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1; fr. 36, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 2, § 6; fr. 10, 26, *Dig. h. t.*, XXXIX, 5). Le donazioni ordinariamente sono fatte in tre modi: *dando*, *liberando*, *promittendo*.

a) *Dando*, cioè, con la tradizione di una cosa corporale, con la costituzione di un *jus in re*, o con la cessione di un credito.

b) *Liberando*, vale a dire, rimettendo un debito, o assolvendo da un onere qualunque.

c) *Promittendo*, ossia obbligandosi ultroneamente a diminuire il proprio patrimonio a favore del donatario. Il più antico modo di donazione, presso i Romani era quello *dando*, e questa è la ragione del nome *donatio*, quasi *doni datio*; e ad operarla si valevano dei consueti modi di traslazione del dominio, ossia della *mancipatio*, ó della *cessio in jure* per le *res mancipi*, e della *traditio* per le *res nec mancipi*. La donazione operavasi *liberando* mediante l'*acceptilatio*, o mediante il patto *de non petendo* (di cui parleremo in breve), ed eziandio con la restituzione del documento probatorio del credito. Finalmente la donazione operavasi *promittendo*, quando si rivestiva con le forme della *stipulatio* la promessa di donare. Il *semplice patto di donare*, come quello che non era stato riconosciuto causa di obbligazione civile e di azione, avrebbe prodotto una mera obbligazione *naturale*; ma se rivestito con le forme della *stipulatio*, poteva esser fatto valere mediante l'*actio*

ex stipulatu. Tuttavolta la traslazione della proprietà delle cose donate, avveniva soltanto mercè la effettiva tradizione, che di esse il donante avesse fatto al donatario. In gius Nuovo (lo vedremo meglio fra un istante), il patto di donazione fu rivestito da Giustiniano di un'azione; per questo assunse il carattere di *patto legittimo.* Qualunque sia la forma adoperata, affinchè donazione esista, è essenziale che rivesta i tre caratteri sopra dichiarati: cioè l'*ultroneità,* l'*alienazione,* la *liberalità.*

§ 398. *Subietto* della donazione, ossia donante, può essere chiunque ha la facoltà di *alienare.* Il figlio di famiglia, il quale per diritto Romano non può testare del suo peculio avventizio, neppure col consenso paterno, ha facoltà con quel consenso di donare tal peculio, in tutto od in parte (vedi vol. I, lib. I, § 138): perchè la donazione non è un testamento, a fare il quale le leggi Romane inabilitano il figlio di famiglia. I minori di 25 anni *sui juris,* sebbene in generale possano alienare i loro beni immobili con l'autorizzazione del magistrato, non possono disporne *donandi animo:* ma le donazioni che ne avessero fatte, potrebbero convalidarsi se non fossero attaccate durante i 10 o i 20 anni successivi alla maggiorità del donante (*cost.* 3 *in f., Cod. si maj. factus,* V, 74). Diremo fra breve a quali limitazioni, durante il matrimonio, vadano sottoposti i coniugi (sebbene capaci di alienare), nella facoltà di donare l'uno all'altro. L'unità di persona, rende impossibile la donazione fra il padre ed il figlio, quando questi è sotto la potestà di quello, o fra due fratelli che sono sotto la medesima potestà (fr. 1, § 1, *Dig. pro donato,* XLI, 6). Se non che è da avvertire, che relativamente ai peculii militari quell'impossibilità non esisterebbe, essendo i figli di famiglia per riguardo ai medesimi, considerati come padri di famiglia.

§ 399. *Obietto* di donazione può essere qualunque cosa, che procacci un utile, un vantaggio, stimabile a contanti, al donatario, e che esso possa acquistare (fr. 9, § 3, *Dig. h. t.*). Laonde, lice per donazione trasferire il dominio, costituire degli *jura in re* (fr. 9 *pr.,* fr. 28, *Dig. h. t.*), dare in donazione dei crediti, o liberare da dei debiti (fr. 2, § 2; fr. 23; fr. 33, § 3 *Dig. h. t.*; *cost.* 22 e 23, *Cod. mand. vel contra,* IV, 35), rinunziare a dei diritti già acquistati (fr. 5, § 13, 15, *Dig. de donat. int. vir. et ux.,* XXIV, 1). Perfino tutto il patrimonio del donante, può essere obietto di donazione, e tutto il patrimonio sì presente che futuro

(*cost.* 35, § 4 e 5, *Cod. de donationibus*, VIII, 54; *cost.* 8, *Cod. de revoc. donat.*, VIII, 56). Ma la donazione *omnium bonorum* deve lasciar salve le porzioni *legittime* delle persone, che hanno diritto alle medesime (*cost.* 35, § 4, *Cod. de donat.*, VIII, 54), ed intatti i diritti dei creditori del donante: ad essa si applica il principio: *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno* (fr. 72, *Dig. de jure dotium*, XXIII, 3; fr. 12, *Dig. h. t.*, XXXIX, 5; fr. 39, § 1, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). La *donatio omnium bonorum*, non opera una *successio per universitatem*, il donatario non continua la personalità del donante, e perciò non diviene creditore dei debitori, e debitore dei creditori di costui; laonde egli non può agire *direttamente* contro quei primi, nè può essere *direttamente* convenuto da questi ultimi. Contro quei primi potrà intentare le azioni *utili;* questi ultimi potranno con l'*actio Pauliana* ottenere la restituzione delle cose donategli fino alla misura dell'ammontare dei loro crediti, quando provino che la donazione è stata fatta dolosamente per defraudarli dei loro diritti: prova che non è necessario somministrare, se nella donazione fu stabilito, che il donatario abbia da essere esente da qualunque obbligazione verso i creditori: perocchè il dolo resulti da sè, per questa dichiarazione. Ma se nella donazione *omnium bonorum*, non fu fatta menzione alcuna dei diritti dei creditori, si suppone naturalmente, che il donatario si sia obbligato tacitamente a pagare tutti i debiti del donante, ed a sostituirsi al donante di fronte ai creditori (fr. 72, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; SAVIGNY, *Trattato di diritto Rom.*, tom. IV, cap. III, § 99). Questi ultimi potranno agire contro di lui, facendosi cedere dal donante l'*actio civilis in factum*, che egli potrebbe sperimentare contro il donatario, per costringerlo a pagare i debiti di lui donante (*cost.* 22, *Cod. de donat.*, VIII, 54; SAVIGNY l. cit.).

§ 400. La donazione può essere fatta a chiunque è capace di acquistare: il perchè ai peregrini, ai deportati ec., non potevasi donare. La donazione fatta a favore del nascituro, si intende fatta sotto la condizione che nasca vivo (fr. 26, *Dig. de statu homin.*, I, 5; *cost.* 3 *in f.*, *Cod. de posth. hered. instit.*, VI, 29). Incapaci relativamente di acquistare per donazione sono:

1° I figli incestuosi e adulterini; essi non possono ricevere dal loro genitore che gli alimenti.

2° I governatori, i presidi delle provincie, i quali non po-

tevano ricevere donazioni dalle persone sottoposte alla loro giuristizione (fr. 18, *Dig. de off. præsidis*, I, 18).

3° I medici, che non possono ricevere donazioni dai loro ammalati (*cost.* 9, *Cod. de profess. et medic.*, X, 52), disposizione che in pratica fu in qualche luogo estesa ai confessori per riguardo ai loro penitenti, ai causidici per riguardo ai loro clienti.

§ 401. I principii fin qui esposti sono comuni ad ogni maniera di donazione. Vediamo ora le diverse specie di donazioni che il diritto Romano riconosce. La principale distinzione che il diritto Romano fa delle donazioni, è in donazioni *mortis causa* e donazioni *inter vivos*. Le donazioni *mortis causa* sono quelle fatte in contemplazione della morte, e che sono subordinate alla condizione della morte. La semplice menzione della morte, o la dichiarazione che l'esecuzione della donazione si differisca dopo la morte, non implicano donazione *mortis causa*; questa esiste solamente quando il pensiero della morte è stato il movente della donazione, e la premorienza del donante al donatario *Instit.*, § 1, *h. t.*; fr. 1, *Dig. de mortis causa donat.*, XXXIX, 6), è stata posta in condizione. La donazione *inter vivos* invece è una obbligazione, che il donante assume *attualmente* ed *irrevocabilmente* sebbene possa differirne l'adempimento, anche a dopo la sua morte (fr. 45, § 1 e 2, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 42, § 1, *Dig. de mort. causa donat.*, XXXIX, 6; *cost.* 5, *Cod. quando dies legati cedit*, VI, 53; Voet., *Pand.*, lib. 39, tit. 5, n° 4). Ogniqualvolta il donante ha inteso imporre leggi a sè stesso donando, e preferire a sè il donatario, la donazione è *inter vivos:* quando invece ha inteso imporre leggi agli eredi, preferire ad essi il donatario, ed a sè serbare libertà di volere, la donazione è *mortis causa*. Delle donazioni *mortis causa* non è questo il luogo di trattare: in conseguenza della loro analogia coi legati, è opportuno esporle dopo di quelli.

Donazioni inter vivos. [1]

§ 402. Il carattere essenziale della donazione *inter vivos*, è di procurare al donatario un vantaggio *attuale ed irrevocabile*

[1] Il Codice nostro riconosce più specie di donazioni. Esso infatti fa menzione delle seguenti:

(fr. 1 *pr.*, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5; *cost.* 35, § 5, *Cod. eod.*, VIII, 54; *cost.* 1, 4, 5, 6, *Cod. de revoc. donat.*, VIII, 56). Come

1° La donazione semplice o comune.
2° La donazione *rimuneratoria* (art. 1051, 1087).
3° La donazione *modale*, cioè quella per cui si imponga qualche peso al donatario (art. 1051, 1067, 1075, 1077, n° 3, 1080).
4° La donazione in favore di *un determinato futuro matrimonio* (art. 1062, capoverso, 1068, 1077, 1087).

I *coniugi* non possono *durante il matrimonio* farsi l'uno all'altro alcuna liberalità, salvo negli atti di ultima volontà, nelle forme, e secondo le regole stabilite per tali atti (art. 1054). Dunque il Codice non ammette donazioni valide *inter virum et uxorem*. Non è per altro riguardato come una liberalità soggetta alle regole delle donazioni, nè per la *sostanza* nè per la *forma*, il patto col quale si stabilisce che i coniugi parteciperanno in parti disuguali negli utili della comunione fra essi stabilita, ovvero che il sopravvivente preleverà su di essi una porzione (art. 1440).

Ciò premesso, parleremo prima delle regole generali che governano tutte le donazioni, poi scenderemo a dire delle regole proprie delle singole specie di donazione ammesse dal Codice.

Non può donare chi non può far testamento. Non può donare l'*inabilitato*, dal giorno in cui fu promosso il giudizio di inabilitazione, ed il *minore sebbene emancipato* (art. 1052). Sennonchè, il *minore, capace di contrarre matrimonio*, è pure capace di prestare il consenso per tutte le stipulazioni e *donazioni* che possono farsi nel relativo contratto, le quali sono valide, se è assistito dalle persone il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio (art. 1386); e quegli contro il quale è stato promosso giudizio o pronunziata sentenza di *inabilitazione*, con l'assistenza del curatore all'uopo nominato, può validamente fare stipulazioni e *donazioni* nel suo contratto di matrimonio (art. 1387).

Non possono *ricevere per donazione*, neppure sotto il nome di *interposte persone*, gli incapaci di ricevere per testamento nei casi e nei modi stabiliti nel capo che ha per rubrica: *delle successioni testamentarie* (art. 1053). Vedi all'art. 773 quali sieno nel Codice nostro le *persone interposte*.

Dell'incapacità dei coniugi durante il matrimonio a donarsi reciprocamente abbiamo già parlato (vedi art. 1054).

Qualunque donazione a vantaggio di una persona incapace è nulla, ancorchè fatta sotto le apparenze di contratto oneroso (art. 1055).

Abbiamo detto nella nota antecedente, che per l'articolo 1056 del Codice nostro, gli atti di donazione debbono essere fatti, *sotto pena di nullità*, per atto pubblico; articolo il quale non comprende la donazione dei mobili consegnati manualmente al donatario dal donante; per questi la consegna basta a farne acquistare al donatario la proprietà in modo irrevocabile, senza bisogno di atto nè pubblico nè privato; col prendimento di possesso che ne fa il donatario, il quale sia *in buona fede*, ne acquista subito il dominio, per una prescrizione *istantanea*: il possesso produce per lui l'effetto stesso del titolo (art. 707, e le note al § 110, e 90 libro II, del I volume).

Abbiamo ancora detto nella nota antecedente, che la donazione non obbliga il donante e non produce effetto se non dal giorno in cui viene accettata (art. 1057), perchè è da quel giorno che vi è riunione dei consensi; ora aggiungiamo che l'accettazione può esser fatta nell'atto stesso, o con atto pubblico posteriore, *prima però della morte del donante;* ma in quest'ultimo caso la donazione non ha effetto, se non dal giorno in cui è *notificato al donante* l'atto di accettazione (art. 1057, capoverso). Prima dell'accettazione può dunque il donante revocare la sua offerta. E se il donante muore prima della notificazione dell'atto di accettazione, la donazione non produce effetto.

Se la donazione ha per obietto degli immobili o altri diritti capaci di ipoteca (ad eccezione delle rendite sullo Stato) deve essere trascritta, affinchè valga di fronte ai terzi (art. 1932). Per le donazioni la trascrizione non prende data

poco sopra accennammo nel dire delle donazioni in generale, le donazioni *inter vivos* si facevano anch' esse *dando*, *liberando*, *pro-*

che dal giorno in cui pure si è trascritta l'accettazione, nel caso che questa si contenga in atto separato (art. 1943).

Se il donatario è in età maggiore, l'accettazione *deve essere fatta* da lui, o in suo nome da persona munita di procura per *atto autentico*, esprimente la facoltà di accettare la fattagli donazione, o la facoltà in generale di accettare donazioni (art. 1058). L'accettazione fatta nell'assenza del donatario da un terzo che promettesse la ratifica del donatario, a nostro credere, non varrebbe.

La donazione fatta ad un minore non emancipato, o ad un interdetto *deve essere* accettata dal padre o dal tutore (art. 1059).

La madre, benchè sia ancora in vita il padre, e gli altri ascendenti benchè sieno ancora in vita i genitori, *possono* (dunque *non debbono*) accettare la donazione fatta al minore e all'interdetto, quantunque non ne sieno tutori; ma in tali casi è necessaria l'autorizzazione del tribunale civile (art. 1059, capoverso 1°).

Lo stesso ha luogo quando la donazione sia fatta dal padre o dal tutore, con facoltà in ogni caso al tribunale di nominare per tale accettazione qualunque altra persona (art. 1059, capoverso 2°).

Le donazioni in favore dei *nascituri* da una determinata persona vivente, *possono* essere negli stessi modi accettati dal *padre*, dalla *madre*, *dall' avo*, o da qualunque altro degli *ascendenti* (art. 1059, capoverso 3°).

Il minore emancipato, ed il maggiore inabilitato *può* accettare la donazione col consenso del curatore (art. 1059).

Le donazioni fatte ai corpi morali *non possono* essere accettate, se non con l'autorizzazione del Governo, menzionata nell'articolo 932, relativo alla eredità devoluta ai corpi morali stessi (art. 1060).

Se l'*accettazione* non è fatta nei modi fin qui indicati, la *nullità della donazione può essere opposta anche dal donante*, dai suoi eredi od aventi causa (art. 1061). Laonde l'accettazione fatta da un incapace da sè, non è nulla *relativamente*, bensì in modo assoluto.

I minori, gli interdetti, e qualsivoglia altro donatario non sono restituiti in intiero per la mancanza di accettazione delle donazioni, salvo il regresso contro chi aveva l'obbligo dell'accettazione (art. 1063).

La donazione può avere per *obietto* sì cose mobili come immobili.

Ma per l'articolo 1064, la donazione non può comprendere che i *beni presenti del donante;* se comprende i *beni futuri*, è *nulla riguardo a questi.*

Per *beni* non intendendosi generalmente che il patrimonio depurato dai debiti, noi crediamo che una donazione di *tutti i beni* si debba sempre ritenere fatta sotto la condizione che il donatario pagherà fino a concorrenza dei beni, i debiti che esistono nel momento della donazione; il perchè i creditori del donante potranno, esercitando le azioni del debitore (*ex jure cesso*) ottenere dal donatario il pagamento dei loro crediti (art. 1234 e ZACHARIÆ, § 706, nota 2; DURANTON, VIII, 472 e 473; GRÉNIER, *Donat.*, I, 86 e seg.). Di più, forti del disposto dell'articolo 1235, avranno facoltà d'impugnare la donazione fatta in frode delle loro ragioni. E basterà che provino che frode è intervenuta per parte del donante loro debitore; perchè la donazione è atto a titolo gratuito; e negli atti a titolo gratuito, ai creditori basta provare che la frode è intervenuta per parte del debitore (art. 1235, capoverso 1°).

Qualunque donazione di cose mobili, (che non sia eseguita con la tradizione, o consegna manuale) non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto stesso della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal notaio, e dal donatario, o da chi accetta per esso, se interviene all'atto: la nota sarà unita all'atto della donazione (art. 1070). Il legislatore ha voluto con queste disposizioni impedire che il donante, dopo la donazione e prima della consegna, diminuisse capricciosamente la quantità delle cose donate.

Se la donazione di cose mobili è stata fatta *con riserva di usufrutto*, que-

mittendo. Fino alla promulgazione della *lex Cincia*, dell'anno 548 di Roma, le donazioni non furono sottoposte ad alcuna limitazione. Nell'epoca in cui fu promulgato questo plebiscito, a proposta del tribuno M. Cincio Alimento, i vincoli di famiglia eransi non poco rallentati, attalchè spesso venivano fatte donazioni a pregiudizio degli eredi legittimi. La *lex Cincia* fu ordinata al doppio scopo di provvedere agli interessi di questi eredi, e di porre un argine alle inconsiderate elargizioni, con le quali il donante si impoveriva. Questa legge vietò le donazioni superiori

sto cessando, il donatario è tenuto a ricevere gli effetti donati che si trovassero in natura, nello stato in cui saranno, ed ha azione contro il donante o i suoi eredi per gli effetti non più sussistenti sino alla concorrenza del valore ad essi attribuito nell'atto della donazione, eccetto che sieno periti per solo caso fortuito (art. 1076). Il donante o i suoi eredi evidentemente dovranno provare che il caso fortuito fece perire gli effetti donati, ove vogliano sfuggire a qualunque responsabilità.

Quando il donante si *è riservata la facoltà* di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione, o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, un tale oggetto o una tale somma appartiene agli eredi del donante, nonostante qualunque clausola o stipulazione in contrario (art. 1069).

È permesso al donante di *riservare* a suo vantaggio, e dopo di lui anche a vantaggio di uno o più altri, *non però successivamente* (che altrimenti sarebbe sostituzione fedecommessaria, avente vincolo restitutorio) l'uso o l'usufrutto dei beni donati, tanto mobili quanto immobili (art. 1074, concorda l'art. 901).

È nulla qualunque donazione fatta sotto condizioni impossibili o contrarie alle leggi ed al buon costume (art. 1065). Il legislatore ha in questo parificato le donazioni ai contratti (art. 1160) e non ai testamenti (art. 849).

È nulla qualunque donazione fatta sotto condizione la cui esecuzione dipenda dalla *sola volontà del donante* (art. 1066), ossia sotto una condizione potestativa pel donante.

Sarebbe nulla, a più forte ragione, la donazione la cui esecuzione dipendesse dal *mero arbitrio* del donante; come si rileva dall'articolo 1162 che dichiara nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione, che la fa dipendere dalla *mera volontà* di chi si è obbligato.

Il donante può stipulare la *reversibilità* degli effetti donati, tanto nel caso che avesse a premorire il *solo donatario*, quanto nel caso che avessero a premorire il *donatario e suoi discendenti*. A questo diritto di reversibilità non si fa luogo che a benefizio pel *solo donante* (art. 1071) non dei suoi eredi.

Il diritto di *reversibilità* produce l'effetto di sciogliere tutte le alienazioni dei beni donati, e di farli ritornare al donante liberi ed esenti da ogni peso ed ipoteca; ad eccezione dell'ipoteca della dote, dei lucri dotali e delle convenzioni matrimoniali, quando gli altri beni del coniuge donatario non bastino, e nel caso soltanto in cui la donazione gli fosse stata fatta col contratto matrimoniale, da cui resultano tali diritti ed ipoteche (art. 1072).

Nelle donazioni non sono permesse le *sostituzioni*, se non nei casi e nei limiti stabiliti per gli atti di ultima volontà.

Per altro la nullità delle sostituzioni non nuoce alla validità della donazione (art. 1073, col quale concorda l'art. 900).

Il donante nelle donazioni ordinarie non è tenuto a *garanzia* verso il donatario, per l'*evizione* che questi soffra delle cose donate, meno che nei seguenti casi:

1° Quando il donante abbia *espressamente promessa* la garanzia;

2° quando l'evizione dipenda da *dolo* o dal *fatto personale* del donante (art. 1077).

ad una certa somma, che si crede fosse 20,000 sesterzi; ma in questo divieto fu una *lex imperfecta;* essendochè non colpisse di nullità le donazioni superiori a quella somma; tuttavolta somministrava mezzi per renderle inefficaci, mezzi i quali furono poi svolti ed esplicati dall'Editto del Pretore, e dalle interpretazioni dei giureconsulti.

§ 403. Se con la *stipulatio* taluno si fosse obbligato a donare una somma superiore a quella fissata dalla *lex Cincia*, (*ultra modum*) costui poteva respingere l'*actio ex stipulatu* dello stipulante, in quanto era *ultra modum*, con una *exceptio legis Cinciæ;* e qualora avesse pagato quella somma promessa, poteva ripetere con la *condictio indebiti* ciò che aveva effettivamente sborsato, *ultra modum* (Vat. Fragm., 266, 267, 311). Il donante che avesse fatto la *tradizione* di una *res mancipi,* avente un valore *ultra modum,* avrebbe potuto rivendicarla in forza del *nudum jus quiritium,* che rimaneva in lui. E se alla sua *rei vindicatio* il donatario avesse opposto l'*exceptio rei donatæ et traditæ*, il pretore gli accordava la *replicatio legis Cinciæ.* Per cotal guisa il donante era abilitato a rivendicare la cosa donata e consegnata, almeno finchè il donatario non l'avesse usucapita (Vat. Fragm., *loc. cit.* Qualora il donante avesse *mancipato* la cosa *senza farne la tradizione,* avrebbe potuto respingere la *rei vindicatio* del donatario con l'*exceptio legis Cinciæ* (Vat. Fragm., 310). E se avesse mancipato la cosa, e l'avesse poi consegnata, trattandosi di cosa immobile, la donazione sarebbe rimasta irrevocabile (Vat. Fragm., 313), ma se invece si fosse trattato di cosa mobile, il donante avrebbe potuto ripeterne il possesso con l'interdetto *utrubi,* almeno finchè il donatario non avesse posseduto la cosa donata per più di sei mesi nell'anno della lite, e non si fosse fatto così *major interdicto utrubi* (Vat. Fragm., 311, 313, 293; Gajo, IV, 150). Ottenuto il possesso della cosa donata, il donante avrebbe respinto la *rei vindicatio* del donatario, con l'*exceptio legis Cinciæ.* Agli eredi del donante era vietato valersi del disposto della *lex Cincia,* qualora il loro autore fosse morto perseverando nella volontà di donare *ultra modum;* ad essi sarebbe stata opposta dal donatario la *replicatio doli* (Vat. Fragm., 259, 266, 294). La legge in discorso non era applicabile ai fondi provinciali (Vat. Fragm., 293), e le donazioni fra persone legate fra loro per vincoli di cognazione, di affinità, e perfino di gratitudine (*personæ lege Cincia*

exceptæ), erano espressamente sottratte al suo disposto; tali erano:

a) le donazioni fra i cognati fino al 5° grado, e fino al 6° se fra *sobrini* o *sobrinæ:*

b) quelle fatte a persone in *potestate, in manu,* in *mancipio* di questi cognati, perocchè acquistassero per essi.

c) quelle fra affini in primo grado,

d) quelle fatte per causa di dote fra cognati, qualunque fosse il grado di loro cognazione; ciò per favorire il matrimonio,

e) quelle fatte dal tutore al pupillo, ma non viceversa; i tutori si consideravano *quasi parentes pupillorum,* e perciò si ammetteva che potessero donare illimitatamente ai pupilli: ma alle liberalità dei pupilli verso i tutori pose la legge un limite, per timore che l'accortezza dei tutori riducesse alla miseria i troppo generosi ed improvidi pupilli.

f) quelle fatte dal liberto al patrono, e dalla persona che fu *in servitute* alla persona che l'ebbe in quella condizione;

g) quelle fatte alla persona, che liberò il donante dalle mani dei masnadieri o dei nemici (VAT. FRAGM., 298, 309; PAOLO, V, 11, 6).

h) le donazioni fra genitore e figli, non solo furono sottratte al disposto della *lex Cincia,* ma furono favorite, a segno che dopo Antonio Pio, furono ritenute per valide in conseguenza del solo consenso, senza stipulazione, mancipazione, o tradizione, (VAT. FRAGM., 298).

§ 404. La legge Cincia rimase in vigore per certo fino ai tempi di Costantino (*cost.* 4, *Cod. Theod. de donat.,* VIII, 12): abolita esplicitamente sembra che non fosse mai, ma è probabile che i mutamenti introdottisi nei modi di acquistare e di trasferire il dominio, e specialmente il disuso della *mancipatio,* facessero andare in dimenticanza siffatta legge.

§ 405. Per dare autenticità alle donazioni, che si facevano *promittendo,* si era introdotto l'uso di redigerle in iscritto, (VAT. FRAGM., 297), o di farle trascrivere (*insinuare*) nei pubblici registri (VAT. FRAGM., 266, 268; *cost.* 1, *Cod. Theod. de sponsalibus,* III, 5), e Costanzo Cloro ridusse a legge quella consuetudine (*cost.* 1, *Cod. Theod. de sponsal.,* III, 5; *cost.* 3, *Cod. Theod. de donat.,* VIII, 12). Suo figlio Costantino, estendendo e generalizzando i provvedimenti paterni, richiese alla perfezione delle donazioni:

1° la redazione in iscritto;

2° la tradione della cosa, alla
3° presenza di testimoni.
4° La registrazione o insinuazione (VAT. FRAGM., 249; *cost.* 1, *Cod. Theod. de donat.*, VIII, 12; *cost.* 25, *Cod. Just. eod.*, VIII, 54), senza distinguere se le donazioni erano fatte a persone eccettuate o non eccettuate dalla legge Cincia. La stipulazione non fu dunque più richiesta per le donazioni promesse, e da questa epoca la promessa di donazione entrò fra i *patti legittimi*, giacchè ad essa fu accordata azione, indipendentemente dalla stipulazione. I successori di Costantino in parte confermarono, in parte mutarono quelle forme di donare (*cost.* 6, 9, *Cod. Theod. de donat.*, VIII, 12; *cost.* 28, 34, *Cod. Just. eod.*, VIII, 54); finalmente Giustiniano, dopo qualche oscitanza (*cost.* 34 *pr.*, § 1, *Cod. de donat.*, VIII, 54), stabilì che il patto di donare fosse valido ancora pel *solo consenso*, vale a dire che la semplice promessa di donare desse un'azione per esigere l'adempimento della contratta obbligazione; soltanto, e per eccezione, quando la donazione eccede la somma di 500 *solidi* (corrispondenti a 5000 franchi, secondo il Savigny), essa ha da essere insinuata; la mancanza di tale insinuazione è causa di nullità, ma per l'eccesso sui 500 solidi (*cost.* 34 *pr.*, *cost.* 36, § 3, *Cod. de donat.*, VIII, 54; *Instit.*, § 2, *eod.*, 2, 7). Ed ancora dispensate assolutamente da questa insinuazione, furono:

1° Le donazioni fatte dal Principe e dall'Augusta, o fatte a loro (*cost.* 34, *Cod. de donat.*, VIII, 54).

2° Quelle pel riscatto dei prigionieri di guerra (*cost.* 36 *pr.*, *Cod. eod.*

3° Quelle per la riparazione e costruzione di abitazioni rovinate, od incendiate (*cost.* 36, § 2, *Cod. eod.*).

4° Quelle di cose mobili, fatte dal *magister militum* ai soldati (*cost.* 36, § 1, *Cod. eod.*).

5° Quelle *dotis causa* (*cost.* 31 *pr.*, *Cod. de jure dotium*, V, 12).

6° Quelle *mortis causa* (*cost. ult.*, *Cod. de donat. causa mortis*, VIII, 57).

§ 406. Più donazioni fatte alla stessa persona in diversi tempi, e con più e diversi atti; sebbene nel loro coacervato superino i 500 solidi, non abbisognano di insinuazione, quando ognuna di esse non giunge a quella somma (*cost.* 34, § 3, *Cod.*

de donat., VIII, 54): ammenochè non si provasse, che furono così divise per eludere la legge. La donazione vitalizia inferiore ai 500 solidi annui, se è a vita del donatario non addimanda insinuazione, perocchè esso possa vivere meno di un anno; ma se deve passare ancora agli eredi del donatario, vuole essere insinuata, essendo strano in quel caso, che il donante non abbia a pagare più di 500 solidi (*cost.* 34, § 4, *Cod. de donat.*, VIII, 54), Agli effetti dell'insinuazione, il valore della donazione si calcola dalla locupletazione del donatario, trascurando i frutti della cosa donata (fr. 9 e 11, *Dig. h. t.*, XXXIX, 5); e diffalcandone gli oneri (fr. 18, § 3 *Dig. de mortis causa donat.*, XXXIX, 6; *arg.* fr. 1, § 16, *Dig. ad. SC. Trebell.*, XXXVI, 1). La formalità dell' insinuazione aveva un doppio scopo; serviva a constatare le donazioni, ed era una remora a farle con poca riflessione. L'insinuazione consisteva in un protocollo giudiciario, redatto sulla dichiarazione della parte, protocollo che in gius Nuovo qualunque magistrato è competente a redigere (*cost.* 8, *Cod. Theod. de donat.*, VIII, 12; *cost.* 27, 30. 32, *Cod. Just. de donat.*, VIII, 54).

§ 407. Sono ora da dichiararsi, gli *effetti* della donazione *inter vivos*.

a) La donazione fatta *dando* trasferisce nel donatario il diritto che ne è obietto: laonde la tradizione della cosa corporale donata, ne trasferisce il dominio nel donatario, se il donante lo aveva: altrimenti pone in grado il donatario di acquistarlo mediante l'usucapione, *pro donato,* qualora egli sia in buona fede, e la cosa sia suscettiva di venire usucapita. La donazione fatta *liberando*, libera effettivamente il debitore donatario. La donazione fatta *promittendo,* dà al donatario un'azione per esigere l'adempimento della promessa: azione che quando la donazione era un patto rivestito di stipulazione, era l'*actio ex stipulatu,* e che in seguito, quando quel patto fu ascritto fra i patti legittimi, fu l'azione che i commentatori chiamano *condictio ex lege,* 35, § *ult., Cod. de donationibus,* introdotta da Giustiniano. Qualora la promessa di donare sia relativa ad una medesima cosa, promessa fatta successivamente a due persone diverse, acquista la proprietà della cosa la persona cui fu consegnata (*cost.* 15, *Cod. de rei vindicat.*, III, 32), l'altra ha diritto alla stima; e se a nissuna delle due fu consegnata, ha diritto ad avere la cosa la persona cui prima fu promessa, l'altra ha diritto alla stima

della cosa medesima (fr. 35, § 1, *Dig. h. t.,* XXXIX, 5; PAOLO, V, 11, 4).

b) Il donante, nell'esecuzione delle sue obbligazioni, è responsabile soltanto del dolo e della colpa lata, non della leve (fr. 18, § 3, *Dig. h. t.,* XXXIX, 5), perocchè egli non ritragga nessun vantaggio dalla donazione. Non è il donante obbligato a garantire l'evizione (PAOLO, V, 11, 5; fr. 131, § 1, *Dig. de verb. oblig.,* XLV, 1), ammenochè egli non abbia espressamente assunto quell'obbligazione, o non abbia dolosamente donato una cosa altrui, per recare pregiudizio al donatario (*cost.* 2, *Cod. de evict.,* VIII, 45; fr. 18, § 3, *Dig. h. t.,* XXXIX, 5). Il donante non può essere astretto ad eseguire la sua obbligazione, in modo da rimanere privo del necessario al suo sostentamento, non può dunque essere condannato *nisi in quantum facere potest,* (fr. 19, § 1, *Dig. de re judic.,* XLII, 1). Soltanto dal dì della contestazione della lite deve le usure *ex mora,* ed i frutti (fr. 22, *Dig. h. t.,* fr. 31 *pr., Dig. de reb. cred.,* XII, 1; fr. 16 *pr.*; fr. 38, § 7, *Dig. de usuris,* XXII, 1).

§ 408. Le donazioni per regola, l'abbiamo detto poco sopra (§ 410), sono *irrevocabili;*[1] per eccezione si revocano:

[1] Sebbene l'articolo 1050 definisca la donazione come un atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia attualmente, ed *irrevocabilmente* della cosa donata, la *irrevocabilità* delle donazioni va sottoposta a tre limitazioni. Infatti l'articolo 1078 dichiara che la donazione può revocarsi per effetto della *condizione risolutiva,* per causa di *ingratitudine,* e per *sopravvenienza di figli.*

Premettiamo che rimangono *irrevocabili* tanto per causa di *ingratitudine,* quanto per *sopravvenienza di figli,* le donazioni *puramente remuneratorie,* e quelle fatte in riguardo di *un determinato matrimonio*, salvo però ai figli del donante il diritto di chiederne la riduzione in quanto eccedono la porzione disponibile (art. 1087).

1° Verificandosi la condizione *risolutiva* apposta alla donazione, i beni donati ritornano in potere del donante liberi da qualsiasi carico e da qualunque ipoteca imposta dal donatario, e il donante ha contro i terzi detentori degli immobili donati, tutti i diritti che avrebbe contro il donatario medesimo (art. 1079).

2° La rivocazione per causa di *ingratitudine* non può essere proposta che nei seguenti casi:

a) se il donatario abbia *attentato alla vita* del donante,

b) se siasi reso colpevole verso di lui di *altro crimine,* sevizie od ingiurie *gravi,*

c) se gli neghi *indebitamente* gli alimenti (art. 1081), cioè quando il donatario abbia vero bisogno di essere alimentato.

La domanda di *rivocazione per ingratitudine* deve essere proposta *entro l'anno* dal giorno del fatto che vi dà luogo, o dal giorno in cui il donante ha potuto *averne notizia* (art. 1082). Scorso l'anno, si deve credere che il donante ha perdonato il donatario.

Tale domanda non può proporsi dal donante contro gli eredi del donatario, nè dagli eredi del donante contro il donatario, eccetto che l'azione in

a) A cagione di ingratitudine. Il solo donante, e non già i suoi eredi, per tal motivo ha facoltà di revocare la donazione (*cost.* 10, *Cod. de revoc. donat.*, VIII, 56): e può revocarla soltanto durante la vita del donatario, per un fatto ad esso imputabile (*cost.* 7 e 10, *Cod. eod.*, VIII, 56). Sono tassativamente indicati da Giustiniano i casi di ingratitudine, che possono dar luogo alla revoca (*cit. cost.* 10, *Dig. eod.*, VIII, 56): e sono

1) Ingiurie verbali gravi.

quest'ultimo caso sia stata promossa dallo stesso donante, od egli fosse mancato di vita entro l'anno del fatto avvenuto (art. 1082, capoverso), purchè (crediamo noi) il defunto avesse potuto conoscere quel fatto, ossia averne avuto notizia.

3° Per *sopravvenienza di figli* possono revocarsi le donazioni fatte da persone che non avevano figli o discendenti legittimi viventi al tempo della donazione. Possono essere revocate per la sopravvenienza di un figlio legittimo del donante, benchè postumo, che sia nato vivo e vitale, o per la legittimazione di un figlio naturale per susseguente matrimonio, quando però sia nato dopo la donazione (art. 1083). Ove si tratti di *donazioni reciproche*, la revoca della donazione per la sopravvenienza di prole ad uno dei donanti, produce anche la revoca della donazione fatta dall' altro (art. 1083, capoverso).

La revoca può essere domandata ancorchè il figlio del donante fosse già concepito al tempo della donazione (art. 1085).

Qualunque clausola o convenzione, con cui il donante avesse rinunziato al diritto di rivocare la donazione per la sopravvenienza dei figli, è nulla (art. 1084).

La donazione può essere rivocata, anche nel caso in cui il donatario sia entrato in possesso dei beni donati, ed il donante lo abbia lasciato continuare nel possesso dopo la sopravvenienza del figlio; ma il donatario non è tenuto a restituire i frutti raccolti, di qualunque natura essi sieno, se non *dal giorno della domanda giudiziale* (art. 1086).

L'azione di revocazione per sopravvenienza di figli al donante si prescrive col decorso di *cinque anni* computabili dal giorno della nascita dell'*ultimo figlio* (art. 1090).

Ma il donante *non può* proporre la detta azione *dopo la morte dei figli o loro discendenti* (art. 1090, capoverso).

Finchè il donante è in vita, il diritto di proporre la domanda di revoca spetta a lui soltanto, ma crediamo che dopo la sua morte questo diritto passi al figlio, col sopravvenire del quale si è resa revocabile la donazione.

Di ciò ne convince il vedere dall'articolo 1083 ammesso che la donazione possa revocarsi per la sopravvenienza di un figlio *benchè postumo*. È evidente che in tal caso la revoca non può essere chiesta ed ottenuta, se *non dal postumo*, il padre donante essendo morto prima della sua nascita, e non potendola il padre stesso revocare finchè il figlio non è nato vivo e vitale (art. 1083). A questo argomento aggiungasi che il diritto di chiedere la revoca della donazione, come qualunque altro diritto, deve passare ai figli eredi. Ma crediamo che questo diritto non spetti ad essi prima della morte del donante; e non spetti loro neppure, se vivente tuttavia il padre, sono trascorsi *cinque anni* dalla nascita dell' ultimo di essi, senza che il padre abbia chiesto la revoca. Allora loro non rimarrebbe che ottenere la *riduzione* della donazione, quando eccedesse la loro quota legittima.

La revoca della donazione per *ingratitudine* o per *sopravvenienza di figli* non pregiudica ai terzi che hanno acquistato diritti sugli immobili, anteriormente alla trascrizione della domanda di revoca (art. 1088).

Revocata la donazione, il donatario deve restituire il valore delle cose alienate, avuto riguardo al tempo della domanda, insieme coi frutti del giorno della medesima (art. 1089).

2) Vie di fatto contro la persona del donante.

3) Un danno patrimoniale arrecato, non soltanto minacciato.

4) Un pericolo di morte fatto correre al donante.

5) Il rifiuto del donatario di adempire alle condizioni della donazione.

b) A cagione della sopravvenienza al donante di figli legittimi o legittimati per *subsequens matrimonium*, la pratica giurisprudenza riteneva revocabile la donazione. Ma a vero dire la *cost.* 8, *Cod. de revoc. donat.*, (VIII, 56) il cui disposto servì di fondamento all'indicata regola giurisprudenziale, permette quella revoca per l'accennato motivo, al patrono che fece donazione al liberto; fu dunque dalla giurisprudenza pratica generalizzata una disposizione singolare del diritto Romano.

§ 409. È con un *actio in personam*, cui non occorre dato nelle Fonti nostre un nome speciale, che il donante può ottenere la revoca della donazione; e con questa azione, (che, come azione personale, non ha effetto contro i terzi possessori delle cose donate) si ottiene la restituzione di queste, insieme ai frutti maturati dal momento della contestazione della lite (*arg.* fr. 17 *pr.*, *Dig. de donat. int. vir. et uxor.*, XXIV, 1).

§ 410. I terzi possono pure talvolta ottenere la revoca di una donazione fatta in loro pregiudizio. Infatti

1° I creditori del donante, possono ottenere la revoca di una donazione, fatta in frode dei loro diritti, sperimentando l'*actio Pauliana*, azione con la quale fanno rescindere in generale ogni alienazione, fatta in frode ed a danno loro: ed estremi della quale sono appunto il *dolo* ed il *danno* (fr. 1 *pr.*; fr. 6, § 11; fr. 15 e 18, *Dig. quæ in fraud. credit.*, XLII, 8).

2° Quelli che hanno diritto ad una quota di beni del donante, fissata dalla legge (*legitima portio*), quando la donazione fatta dal loro autore ha per effetto di privarli di questa quota o porzione legittima (*donatio inofficiosa*), mediante la *querela inofficiosæ donationis*, ne ottengono la revoca, ma solo nella misura della legittima (Fragm. Vatic., § 280, 282, *cost.* 1, *Cod. de inoff. donat.*, III, 29).[1]

[1] Gli eredi legittimi erano ammessi in pratica a far revocare una Donazione universale del loro congiunto, con la quale egli non si fosse riserbato almeno la vigesima parte del suo patrimonio per potere testare. Invocare la nullità di una cotal donazione poteva anche il donante stesso. I dottori fondano questa teorica sulle *cost. ult. Cod. de pactis*, II, 3 e sul fr. 61, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1, (vedi Oinotomo, *Instit. de donat.*, § *aliæ autem*, n° 86).

§ 411. Fra le donazioni *inter vivos* meritano speciale menzione:

a) La *Donatio remuneratoria.*

b) La *Donatio sub modo.*

c) La *Donatio inter virum et uxorem.*

d) La *Donatio propter nuptias.*

a) *Donatio remuneratoria.*[1]

§ 412. Ha questa per iscopo di remunerare i servigi, che il donatario ha prestato al donante. Pei servigi prestati, pei benefizi fatti non potendosi pretendere ricompensa, quello che viene dato per questa ragione, è considerato come una donazione. Tuttavolta i Romani giureconsulti considerando il dovere della gratitudine, e della ricompensa, come simile ad una obbligazione *naturale* (fr. 25, § 11, *Dig. de hered. petit.*, V, 3; fr. 19, § 1; fr. 27, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5), applicarono alla medesima alcune delle regole proprie di quell'obbligazione, inapplicabili alla donazione pura. Nondimeno, siccome il dovere della gratitudine, a rigore non si può dire una vera e propria obbligazione giuridica, non lice generalizzare ed applicare per estensione, oltre ai casi previsti nelle Fonti, siffatte regole. Di qui derivano i seguenti principii:

1° La donazione remuneratoria eccedente i 500 solidi, se è già eseguita, non può essere revocata per mancanza di insinuazione: ma se non è per anco effettuata, il donatario ha azione soltanto per 500 solidi.

2° La donazione remuneratoria vale ancora fra i coniugi se fu eseguita, ma non si dà azione per ottenerne l'esecuzione.

3° La donazione remuneratoria non si può revocare mai (fr. 34, § 1, *Dig. h. t.*, XXXIX, 5). Siffatto principio sta scritto, sebbene in termini non generali, nel fr. 34, § 1, *Dig. de donationibus*, (XXXIX, 5); infatti in quel frammento si dichiara irrevocabile la donazione fatta *a chi ci ha salvato la vita*. La giurisprudenza ne generalizzò il disposto, che il Savigny vorrebbe limitato a questo caso speciale.

[1] Intorno alla donazione *remuneratoria* il Codice all'articolo 1051 dichiara che essa è donazione alla pari di una liberalità fatta per riconoscenza, o in considerazione dei meriti del donatario. Questa donazione, che in tutto il resto è governata dalle norme generali proprie delle altre donazioni, offre la specialità, che alla pari di quella fatta in riguardo di un *determinato matrimonio*, è *irrevocabile* nonostante la sopravvenienza di figli, o l'ingratitudine del donatario (art. 1087).

b) Donatio sub modo.[1]

§ 413. È quella con la quale si impone un qualche onere al donatario, come di soffrire, o di fare qualche cosa. I Romani le applicavano le regole proprie della donazione, ogni qualvolta la liberalità eccedeva l'onere, e per l'eccedenza della liberalità sull'onere, quando l'una e l'altro fossero suscettivi di valutazione (fr. 5, § 2, 5, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1; fr. 19, § 1, 6, *Dig. de donat,* XXXIX, 5); ma per l'elemento di correspettività che è nella medesima, ritenevano ne emergesse un vincolo obbligatorio, analogo a quello che esiste nei contratti innominati. Di qui deriva:

1° Che il donante può esigere la esecuzione del *modus* con l'*actio præscriptis verbis* (fr. 37, § 3, *Dig, de legat.*, III, 32) *cost.* 3, *Cod. de contr. emt.,* IV, 38, *cost.* 8, *Cod. de rer. permut.*, IV, 64, *cost.* 9, 22, *Cod. de donat.,* VIII, 54, *cost.* 2, *Cod. de don. sub modo,* VIII, 55).

2° Che in caso di inesecuzione del *modus,* il donante può esercitare l'*jus pœnitendi,* e ripetere la cosa donata con la *condictio causa data, causa non secuta* (*cost,* 2, 3, 6, 8. *Cod. de cond. ob causa datorum,* IV, 6; fr. 18 *pr., Dig. de donat.,* XXXIX, 5). Tuttociò sempre subordinatamente alle regole del *modus,* fra le quali giova ricordarlo, è di capitale importanza questa, che se il *modus* è stabilito a favore della persona che acquista, e se per lei

[1] Relativamente alla *donazione modale,* cioè quella con la quale si imponga qualche peso al donatario, il Codice all'articolo 1051 dichiara: che è donazione alla pari di quella fatta per riconoscenza, o in considerazione dei meriti del donatario, o per speciale remunerazione. Questa donazione va dunque sottoposta alle regole generali proprie delle donazioni tutte, ma è governata di più dalle seguenti regole proprie:

1° È nulla, se è stata fatta sotto la condizione di soddisfare ad altri debiti o pesi, fuori di quelli che esistevano al tempo della donazione, o specificatamente designati nella medesima (art. 1067).

2° È nulla, se ha per oggetto di istituire o dotare benefizi semplici, cappellanie laicali, od altre simili fondazioni (art. 1075).

3° Il donante, mentre di regola non è tenuto a garanzia verso il donatario per l'evizione che questi soffre, deve fra le altre eccezioni questa garanzia quando trattasi di donazione che *imponga oneri al donatario,* nel qual caso la garanzia è dovuta soltanto sino a concorrenza dell'importare degli oneri (art. 1077, n. 3).

4° Se la condizione risolutiva espressa o tacita, apposta alla *donazione modale* si verifica per causa di inadempimento dei pesi imposti al donatario, il donante può proporre la domanda di revoca della donazione, senza pregiudizio però dei terzi che hanno acquistati diritti sugli immobili, anteriormente alla trascrizione della domanda di revoca (art. 1080).

non sta l'adempirlo, si ritiene per adempiuto (vedi sopra, § 273, *c*). Se il *modus* è imposto a favore di un terzo, è evidente che stando rigorosamente ai principii generali, il donante non potrebbe esigerne l'adempimento, perocchè egli non abbia azione per esigere la prestazione di un fatto, che è favorevole e vantaggioso solamente al terzo, attalchè non potrebbe cedere al terzo l'*actio præscriptis verbis;* ed il terzo non avrebbe azione, perchè la promessa non fu fatta a lui. Ciò nonostante l'imperatore Diocleziano accordò al terzo in tal caso, una *utilis præscriptis verbis actio* per esigerne l'adempimento (*cost.* 3, *Cod. de donat. quæ sub modo,* VIII, 55) azione *utile,* cioè introdotta per analogìa all'azione fidecommissaria, che si sperimentava contro il donatario *mortis causa* incaricato di un fedecommesso, perocchè il *modus* stipulato a favore di un terzo, sia una specie di fedecommesso (fr. 37, § 3, *Dig. de legatis,* III, 32). SAVIGNY, *Sistema di Diritto Romano,* tomo IV, § 175, lett. *c*.).[1]

[1] Riguardo alla donazione fatta in contemplazione di un *determinato futuro matrimonio*, sia dagli sposi fra loro, sia da altri a favore degli sposi o della prole nascitura dai medesimi, è da osservare che *non possono essere impugnate per mancanza di accettazione* (art. 1062, capoverso).

Qualunque donazione fatta in riguardo di un futuro matrimonio è senza effetto se il matrimonio non segue, o se il matrimonio è annullato. Ma la donazione, in quanto riguarda i figli nati dal matrimonio annullato, rimane efficace con questa distinzione: se quel matrimonio fu contratto in buona fede, la donazione è efficace riguardo ai figli anche nati prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima dell'annullamento; se quel matrimonio fu contratto in buona fede da un coniuge, in mala fede dall'altro, la donazione ha effetto a favore dei figli nati dopo il matrimonio (art. 1068 e 116). Sono pure salvi i diritti acquistati nel tempo intermedio fra il momento in cui il matrimonio fu contratto e quello in cui fu annullato (cit. art. 1068).

Le donazioni fatte in riguardo di un *determinato matrimonio* non possono essere revocate (alla pari delle *remuneratorie*) nè per causa *di ingratitudine*, nè per sopravvenienza *di figli;* salvo però ai figli del donante il diritto di domandarne la riduzione in quanto eccedono la porzione disponibile (art. 1087). Quest'articolo, a nostro credere, contempla soltanto le donazioni fatte in riguardo di un determinato matrimonio, *da degli estranei,* non quelle fatte dagli sposi fra loro. L'avere il legislatore in un medesimo articolo dichiarato irrevocabili le donazioni fatte a favore di un determinato matrimonio, tanto *per sopravvenienza di figli*, quanto per *ingratitudine*, ci fa ritenere che in tale articolo il legislatore contempli soltanto le donazioni fatte in riguardo di un determinato matrimonio, da degli estranei: conciossiachè la sopravvenienza di figli non è escogitabile causa di revoca, se non che di fronte a donazioni a favore di un determinato matrimonio fatte da estranei agli sposi, e non di fronte a donazioni fatte fra loro dagli sposi. D'altronde dove sotto la denominazione di donazioni a *favore di un determinato matrimonio*, il legislatore ha voluto che si intendessero non soltanto quelle fatte da degli estranei a favore degli sposi (che sono le sole che l'indicata denominazione, propriamente usata, comprende), ma ancora quelle fatte dagli sposi fra loro, lo ha detto esplicitamente (vedi il succitato articolo 1062), dove non l'ha voluto non l'ha detto.

Il donante, l'abbiamo veduto nella nota antecedente, di regola non è te-

c) *Donatio inter virum et uxorem.*

§ 414. Allorquando pel matrimonio la donna cadeva nella *manus* del marito, donazioni fra marito e moglie non potevano verificarsi. Infatti la donna *in manu* non aveva beni propri, ed il marito non poteva donarle nulla, perchè avrebbe donato a sè stesso, conciossiachè quello che la donna acquistava l'acquistava pel marito. Ma allorchè la *manus* venne meno, e la donna potè avere un patrimonio distinto da quello del marito, furono proibite le donazioni fra i coniugi (fr. 1, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1). Divieto giusto e ragionevole, essendo inteso ad impedire che il coniuge più scaltro ed interessato, spogli l'altro affettuoso e semplice troppo; che i matrimoni sieno venali, e la concordia coniugale venga comprata a prezzo di sacrifizi patrimoniali (fr. 2, e 3, *Dig. eod.*, XXIV, 1). Tali essendo i motivi della legge, è facile

nuto a garanzia verso il donatario per l'evizione che questi soffre delle cose donate; ma fra le eccezioni a quella regola, vi è che egli deve tal garanzia quando la donazione prese forma di costituzione di dote per un *determinato matrimonio;* perocchè chi costituisce una dote, sia tenuto a garantire i beni assegnati in dote (art. 1077 e 1396).

Le donazioni di *qualunque natura*, fatte per *qualsiasi causa*, ed in favore di *qualsiasi persona* vanno soggette a riduzione, se al tempo della morte del donante si riconoscessero eccedenti la porzione dei beni dei quali può disporre lo stesso donante, secondo le norme stabilite nel cap. 2, del tit. 2, lib. III, del Codice (art. 1091).

Le regole stabilite dal Codice (negli articoli 810, 821 e seguenti) per la riduzione delle disposizioni testamentarie, si osservano anche per la riduzione delle donazioni (art. 1091, capoverso).

La riduzione delle donazioni non può essere domandata che da quelli a vantaggio dei quali la legge riserva la legittima od altra quota di successione, e dai loro eredi o aventi causa (art. 1092).

Essi non possono rinunziare a questo diritto durante la vita del donante nè con dichiarazione espressa, nè col prestare il loro assenso alla donazione (art. 1092, capoverso 1°).

I donatari, i legatari, i creditori del defunto non possono domandare la riduzione, nè approfittarne (art. 1092, capoverso 2°).

Non si fa luogo alla riduzione delle donazioni se non dopo che sia esausto il valore dei beni di cui fu disposto per testamento; qualora sia luogo a questa riduzione, essa si fa cominciando dall'ultima donazione e così successivamente risalendo dalle ultime alle anteriori (art. 1093).

Il donatario deve restituire i frutti di ciò che eccede la porzione disponibile dal giorno della morte del donante, quando sia giudicialmente domandata la riduzione entro l'anno, ed in mancanza dal giorno della domanda (art. 1094).

Gli immobili da recuperarsi in conseguenza della riduzione, saranno liberi da ogni debito ed ipoteca contratta dal donatario (art. 1095).

L'azione per la riduzione o per la rivendicazione può promuoversi dagli eredi contro i terzi detentori degli immobili formanti parte delle donazioni ed alienati dai donatari, nel modo e nell'ordine stesso con cui potrebbe essere promossa contro i donatari medesimi, e premessa l'escussione dei loro beni. Quest'azione deve promuoversi secondo l'ordine di data delle alienazioni, cominciando dall'ultima (art. 1096).

intendere perchè le donazioni anteriori al matrimonio non sieno proibite (fr. 27, 32, § 27; fr. 35, 66, *Dig. eod.*, XXIV, 1), come non lo sono quelle, che debbono sortire efficacia dopo lo scioglimento del matrimonio (fr. 10 e 11, *Dig. eod.*, XXIV, 1), esempigrazia quelle fatte in previsione del divorzio o della morte del donante (fr. 11, § 11; fr. 12; fr. 13 *pr.*; fr. 20, 60, 62, *Dig. h. t.*, XXIV, 1; fr. 9, § 2; fr. 10, 11; fr. 13, § 1; fr. 21, 34, 35, 43, *Dig. eod.*). Del pari, se l'unione sessuale non è matrimonio ma concubinato, o peggio, le donazioni fra coloro che vivono in quella sono valide (fr. 3, § 1; fr. 65, *Dig. h. t.*); ma se quell'unione è proibita, si confisca ciò che venne donato (fr. 3, § 1; fr. 32, § 28, *Dig. eod*). Nulle sono le donazioni fra i coniugi, ancorchè fatte per interposta persona, vale a dire persona sottoposta alla potestà del donatario, o nella potestà della quale il donatario si ritrovasse, imperocchè tali donazioni indirettamente refluirebbero sull'altro coniuge (fr. 3, § 2, 6; fr. 32, § 16 *pr.*, *Dig. h. t. cost.* 3, 4, 5, *Cod. eod.*).

§ 415. Le donazioni fra i coniugi sono assolutamente nulle (fr. 3, § 10, *Dig. de donat. int. vir.*, XXIV, 1), laonde il donante può ricusarsi ad eseguire la promessa donazione, e può eziandio ripetere ciò che consegnò (fr. 3, § 11; fr. 5, § 1, *Dig. eod.*). La legge gli accorda sui beni esistenti la *rei vindicatio*, in caso contrario la *condictio sine causa*, mediante la quale può ripetere quello di cui l'altro coniuge resulta locupletato nel momento della contestazione della lite (fr. 5, § 18; fr. 6; fr. 7; fr. 16; fr. 28; fr. 29; fr. 31, § 2, fr. 32, § 9, fr. 50, § 1; fr. 63, *Dig. h. t. cost.* 8, 17, *Cod. eod.*).

§ 416. Per eccezione, donazioni fra i coniugi valide, sono le seguenti:

a) quelle fatte fra l'imperatore e l'imperatrice (*cost.* 26, *Cod. de donat. int. vir.*, V, 16).

b) Quelle fatte con lo scopo, che sia ricostruita una casa incendiata (fr. 14, *Dig. de don. int. vir.*, XXIV, 1).

c) Quelle fatte dalla moglie pel bene del coniugale consorzio, p. e., per comprare al marito una dignità, od una carica (fr. 40, 41, 42, *Dig. de donat. int. vir.*, XXIV, 1).

d) Quelle delle quali il valore è sì tenue, da essere considerate più presto come munuscoli, che come donazioni (fr. 31, § 8; fr. 18; fr. 28, § 1, 2, *Dig. h. t. cost.* 21, *Cod. eod.*).

e) Quelle nelle quali il donatario non risente locupletazione, nè il donante diminuzione di patrimonio (fr. 5, § 8, 12, 16; fr. 8, 9 *pr.*; fr. 32, § 14, *Dig. h. t.*), come la donazione di un sepolcreto, o di uno schiavo affinchè sia manomesso, ec.

f) Finalmente quelle in cui il donante muore prima del donatario, senza averle revocate (fr. 32, *Dig. h. t.*). Se i coniugi morirono nella stessa calamità, per esempio in una inondazione, in un naufragio o simili, per dare efficacia alla donazione, si presume che premorisse il donante (fr. 32, § 12, 13, 14, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1, *cost.* 18, *Cod. eod.*).

§ 417. La donazione *propter nuptias* collegandosi intimamente con la dote, noi ne parleremo dopo avere esposto i principii generali su quell'istituzione.

B) Patto della dote.

(*Dig.*, lib. XXIII, tit. 3, *de jure dotium;* tit. 5, *de fundo dotali;* lib. XXIV, tit. 3, *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. Cod.* lib. V, tit. 12, *de jure dotium;* tit. 13, *de rei uxoriæ actione;* tit. 18, *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur;* tit. 23, *de fundo dotali.*)

§ 418. La promessa della dote è, in diritto Romano, un altro *patto legittimo*, vale a dire un patto rivestito di azione dalle costituzioni imperiali. Ma prima di trattarne, è necessario dire della dote in generale.

§ 419. Dote (*dos, res uxoria*) è: *tutto ciò che viene dato al marito, sia dalla donna, sia da altri, in nome di lei, avanti o durante il matrimonio, per sostenere gli oneri dell'unione coniugale: ad matrimonii onera ferenda*[1] (fr. 76 *in f.*, *Dig. de jure dot.*,

[1] La dote, secondo l'articolo 1388, consiste in quei beni che la moglie, od altri per essa, apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio.

La dote si costituisce da' coniugi, mediante stipulazioni nel contratto di matrimonio; non è necessaria la tradizione delle cose dotali al marito, per costituire la dote; perchè pel Codice nostro la tradizione è, come abbiamo detto altre volte, un mezzo di esecuzione dei contratti, ma di regola non è necessaria, affinchè si acquistino dei diritti sulle cose. Gli estranei possono, a nostro credere, costituire la dote, con atto diverso dal contratto di matrimonio.

Pel Codice nostro la dote non si può *costituire*, *nè aumentare*, *dai coniugi*, *durante* il matrimonio (art. 1391). Dagli *estranei* si può (art. 1398, capoverso 2°).

Nessuno pel Codice nostro è obbligato a dotare; anzi l'articolo 147 espressamente dichiara, che i figli non hanno azione verso il padre e la madre per

XXIII, 3; fr. 21, § 1, *Dig. de donat. int. vir. et uxor.*, XXIV, I.) Il sistema giuridico sulla dote, (della quale nelle Istituzioni imperiali è parlato per incidenza, soltanto nei titoli 7 e 8 del lib. II) si è svolto in diritto Romano assai lentamente: nei primi tempi di Roma, la donna essendo sempre nella *manus* del marito, non aveva patrimonio proprio; tutto ciò di cui essa aveva il dominio, passando in proprietà del marito, dote era impossibile (vedi vol. I, lib. II, § 151, 152, 153). Quando a lato dei matrimoni con la in *manum conventio,* ne occorsero altri *liberi,* ossia senza di quella, la donna conservò in questi ultimi l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni, il marito non vi ebbe diritto alcuno. Quasi per transazione fra questi due sistemi opposti, fu poi ammesso il regime dotale. Il marito dovè sobbarcarsi a tutti gli oneri dell'unione coniugale, ma la donna contribuì a sostenerli con una somma di beni, che essa portò *in dote.* La dote non fu mai una

obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio, o per qualunque altro titolo.

Il perchè la distinzione romana fra dote profettizia ed avventizia, non ha importanza presso di noi, se non in materia di collazione (art. 1007).

Coloro che costituiscono una dote, sono per altro tenuti a garantire i beni assegnati in dote (art. 1396). Gli interessi della dote decorrono di diritto dal giorno del matrimonio contro coloro che l'hanno promessa, quantunque siasi pattuita una dilazione al pagamento, se non vi è stipulazione in contrario (art. 1397).

La costituzione della dote può comprendere in tutto od in parte, tanto i *beni presenti,* quanto i *beni futuri* della donna, oppure un *oggetto determinato* (art. 1389).

La costituzione di dote, espressa in termini generici di *tutti i beni della donna,* non comprende i *beni futuri* (art. 1389, capoverso).

Se la donna passa ad un secondo o ulteriore matrimonio, *non si intende ricostituita tacitamente* la dote assegnata al matrimonio precedente (art. 1390).

Se il padre e la madre, che ha beni stradotali, costituiscono *unitamente* una dote senza distinguere la parte di ciascuno, la dote si intende costituita *in parti uguali da ambedue* (art. 1392).

Se il genitore *superstite* costituisce una dote sui beni *paterni* e *materni*, senza specificarne le porzioni, la dote si prende primieramente sopra i diritti spettanti alla futura sposa nei beni del genitore premorto, ed il rimanente sopra i beni di chi l'ha costituita (art. 1393).

La dote, se non vi è stipulazione in contrario, si prende dai beni dei dotanti, ancorchè la figlia dotata dal padre e dalla madre abbia beni propri di cui appartenga loro l'usufrutto (art. 1394).

Se la dote è costituita dal solo padre pei diritti paterni e materni, la madre, quantunque presente al contratto, non è obbligata, e la dote resta per intiero a carico del padre (art. 1395).

Nel contratto di matrimonio possono gli sposi pattuire un lucro sull'importare della dote in favore del coniuge sopravvivente. Il lucro si divolve in *proprietà* al coniuge sopravvivente, se non vi sono *discendenti* del coniuge premorto, e nel *caso contrario in semplice usufrutto*, salvochè gli sposi abbiano diversamente pattuito. Questo lucro dotale per altro, non può convenirsi sulla dote che viene *da altri costituita od aumentata durante il matrimonio*, e non reca mai pregiudizio agli *eredi aventi diritto a porzione legittima* (art. 1398).

condizione essenziale del matrimonio, ma così generale e costante fu l'uso di costituirla, che si reputava disonorevole cosa per la donna l'andarne priva. Venne poi tempo in cui la dote fu considerata come una istituzione di pubblico interesse: per essa facilitandosi i matrimoni, che la legislazione Romana fu sempre intesa a favorire, ed a moltiplicare (fr. 2, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 1, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3).

§ 420. In origine la dote non era costituita per contratto, sibbene con la dazione (*datio*) delle cose, che si voleva la componessero; di queste si trasferiva la proprietà nel marito mediante la *mancipatio*, o l'*in jure cessio* se erano *res mancipi*; mediante la *traditio*, se *res nec mancipi* (Gajo, II, 63). Così si verificava la *datio dotis*. In seguito, quando si usò promettere una dote fu adoperata la *stipulatio*, ed il marito, stipulante, potè ottenere dal promittente, cioè da quello che per promessa aveva costituito la dote, l'esecuzione della promessa, con l'*actio ex stipulatu*. E per cotal guisa si conobbe una *promissio dotis*. Ma oltre questa forma generale di promettere la dote, si introdusse una forma peculiare, che fu appellata *dictio dotis*, già ricordata nel trattare dei contratti verbali (vedi sopra, § 314 e 315). Chi voleva costituire una dote, poteva obbligarvisi, dichiarando quella sua volontà, con una formula solenne, che pare non addimandasse interrogazione precedente. Ignota ci è tal formula, ma è probabile che fosse simile a quella che occorre nell'*Andria* di Terenzio (atto IV, sc. IV), come si può rilevare da alcuni frammenti delle Pandette, i quali a tale *dictio dotis* senza dubbio si riferivano (fr. 25; fr. 44, § 1; fr. 46, § 1 ec., *Dig. de jure dot.*), e che fosse per conseguenza così concepita: *X doti tibi erunt - Fundus Sempronianus doti tibi erit etc.* Per le quali cose, Ulpiano nel descrivere i modi, coi quali la dote veniva costituita ai suoi tempi, ebbe a dire: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* (Ulp., VI, 1). Sappiamo che ogni cittadino era capace della *datio* e della *promissio dotis*, perchè forme generali del diritto Civile; ma la *dictio dotis*, forma speciale ed eccettuativa, era permessa soltanto alla donna, assistita dal tutore, ai suoi ascendenti maschi, ed al debitore di lei, quando essa gli avesse espressamente comandato di *dicere dotem* (Gajo, *Epitom.*, II, 9, 4; Ulp., VI, 2; Vat. Fr., 99). Venne poi tempo in cui, qualunque fosse stato il modo di promettere la dote, dalla promessa nasceva obbligazione (*cost.* 6, *Cod. de do-*

tis promissione et nuda pollicitatione, V, 11); alla *dotis dictio* fu dunque sostituita la *pollicitatio dotis*, ossia la promessa fatta per semplice patto. Tale *pollicitatio dotis*, attesa la variazione avvenuta nelle forme *della stipulatio*, non differiva sostanzialmente nell'epoca giustinianea, dalla dote stipulata, ossia dalla *promissio dotis*; laonde in quest'epoca si potè asserire, che la dote si costituiva in due modi: con la dazione (*datio*), e con la promessa (*promissio*); la quale promessa, ripetesi, era divenuta un patto legittimo, perchè dalle costituzioni Imperiali rivestita di azione. La dote può essere costituita ancora per atto di ultima volontà; se qualche valore è stato legato alla donna *dotis nomine*, essa è obbligata a costituirselo in dote; ed ove al marito sia stato lasciato per legato qualche cosa come dote della sua moglie, la costituzione della dote si fonda in tal caso sul legato stesso. La dote è costituita, appena viene assicurata al marito (fr. 9, § 2, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3), qualunque d'altronde sia il modo di quell'assicurazione. La costituzione della dote non si presume mai. Chi attribuisce ad una cosa il carattere dotale, deve dimostrarlo. Questa costituzione può precedere il matrimonio, e può verificarsi *durante* il medesimo; e durante il matrimonio può essere la dote aumentata (Paolo, II, 21, 1; *Instit.*, § 3 *de donat.*, II, 7; *cost.* 20, *Cod. de donat. ante nuptias*, V, 3). Se precede il matrimonio, si intende sottoposta alla tacita condizione, che esso avvenga: *sed ante nuptias data, earum expectat adventum* (Paolo, II, 21, 1; fr. 21; fr 41, § 1, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3), perocchè sia massima fondamentale in questa materia: *dos sine matrimonio esse non potest* (fr. 3, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3). La dote può essere costituita o aumentata durante il matrimonio eziandio dalla donna stessa; nè a questo si oppone il divieto delle donazioni fra i coniugi, perocchè sebbene il marito acquisti la dote, dovendola egli impiegare a sostenere gli oneri matrimoniali, non si può considerare come una liberalità a suo riguardo (fr. 7, § 3; fr. 25, 26, 27, 32, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; *cost.* 19, 20, *Cod. de don. ante nupt.*, V, 3).

§ 421. La dote viene distinta in profettizia, ed avventizia. Dicesi *profettizia*, quando è costituita dal padre, o da un altro ascendente agnato della donna: *avventizia*, quando è costituita da chiunque altro, compresa la donna stessa (Ulp., VI, 3; fr. 5 *pr.*, § 9, 11, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3). La dote *avventizia*

assume il nome di *receptitia*, quando con chi la costituì fu convenuto, doverglielasi restituire al verificarsi dello scioglimento del matrimonio (ULP., VI, 5; fr. 31, § 2, *Dig. de mortis causa donat.*, XXXIX, 6). La dote *avventizia* che non è stata dalla donna costituita a sè medesima, è quasi una donazione a favore di lei; infatti essa se ne àvvantaggia durante il matrimonio, e sciolto il medesimo, può (come vedremo) ripeterla, e ritenerla per sè (fr. 33 *in f.*, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; *cost.* 31 *pr.*, *Cod. eod.*, V, 12).

§ 422. Obbligato a costituire la dote alla donna, è per legge, il padre di lei; ed in gius Nuovo vi è obbligato, sebbene la figlia sia emancipata. Se egli è morto, o è povero, quell'obbligo incombe all'avo paterno (fr. 19, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; fr. 5, § 8, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3, fr. 6, *Dig. de collat.*, XXXVII, 6; *cost.* 7, *Cod. de dotis promis.*, V, 11). La madre è obbligata soltanto per gravi ragioni, o quando essa sia eretica, e la figlia ortodossa (*cost.* 14, *cod de jure dot.*, V, 12; *cost.* 19, § 1, *Cod. de heret.*, I, 5). Benchè la donna abbia un patrimonio suo particolare, non è obbligata civilmente a dotare sè stessa: non vi è insomma un mezzo giuridico per costringerla a farlo, ma quello che avesse dato a titolo di dote non potrebbe poi essere ripetuto con la *condictio indebiti* (fr. 32, § 2, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6). Il padre adottivo è obbligato, alla pari del padre legittimo e del naturale, a dotare la sua figlia di adozione (fr. 5, § 13, *Dig. de jure dot.* XXIII, 3). Queste persone obbligate a dotare, debbono costituire alla donna una dote *congrua*, cioè proporzionata al patrimonio alla condizione loro e del marito; se la dote non è *congrua*, la donna può ottenere un supplemento di dote.

§ 423. Obietto di dote, può essere tutto ciò che può arrecare un incremento al patrimonio del marito; tutte le cose, dunque, che hanno un valore commerciabile, sì mobili che immobili, tanto corporali quanto incorporali, come presenti, così eventuali possono essere costituite in dote (*cost.* 4, *Cod. de jure dot.*, V, 12; fr. 44, 45, 80, *Dig. eod.* XXIII, 3). Perfino la remissione di un debito al marito (fr. 41, § 2, *Dig. h. t.*), e la renunzia fatta a suo favore ad un diritto del costituente (fr. 5, § 5, *Dig. eod.*), possono essere maniera di costituire la dote. Questa può avere per obietto eziandio tutto il patrimonio di chi la costituisce (fr. 72 *pr.*, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; *cost.* 4, *Cod. eod.*, V, 12), se non che in

tal caso, come nell' altro della *donatio omnium bonorum* (vedi sopra, § 399), si intende che la dote sia estesa a tutto il patrimonio, ma depurato dai debiti; e la dote così costituita, non è mai una successione a titolo universale pel marito, il quale non risponde personalmente dei debiti, che facevano carico a quel patrimonio (fr. 72, *Dig. h. t.; cost.* 4, *Cod. eod.*; fr, 39, § 1, *Dig. de verb. signif.*, L. 16). La promessa della dote, come ogni altra obbligazione, deve avere un obietto determinato, o almeno determinabile; quindi è nulla la promessa di dote, senza indicare la quantità o la qualità delle cose da darsi in dote (*cost.* 1, *Cod. de dot. promis.*, V, 11). Ma se il promittente avesse promesso una quantità ad arbitrio, (*arbitratu meo*), si intenderebbe che avesse inteso riferirsi ad *arbitrium boni viri*, e starebbe al giudice il dichiarare tal quantità (fr. 69, § 4, *Dig. h. t.; cost.* 3, *Cod. de dot. promis.*, V, 11). Ove poi il promittente la dote, fosse il padre, o l' avo, la sua promessa varrebbe sebbene assolutamente indeterminata nella quantità, e non relativa *ad arbitrium boni viri*, perocchè la legge stabilisca che egli deve dare una dote *congrua* (vedi sopra, § 262, nº 2; CUJACIO, *Comment. in* lib. IV, *Resp. Papin. ad h. t.*, tom. IV, pag. 909; AVERANI, *Interp. jur.*, lib. IV, cap. 15, nº 8, 10).

§ 424. Ogni dote, che non consista in una somma di danaro, può nel momento della costituzione, venire stimata in un certo prezzo o valore (*dos æstimata*). Questa stima può avere diversi intendimenti, cioè può essere fatta *taxationis causa*, o *venditionis causa*. È fatta *taxationis causa*, se si volle sapere mediante la medesima a quanto ammonta ciò che la donna si costituì in dote; è fatta *venditionis causa*, quando per quella stima il marito volle farsi debitore del valore della dote; ed allora si reputa compratore delle cose dotali, e debitore del loro prezzo. Nel dubbio sull' intendimento che ebbero le parti nello stimare la dote, ci sembra dovrebbe presumersi, la dote essere stata stimata *taxationis causa*; conciossiachè debba sempre ritenersi la massima semplicità nei contratti, e la minima estensione possibile nelle obbligazioni: e la stima *venditionis causa*, importa oltre alla costituzione della dote, eziandio una compra e vendita degli obietti che la costituiscono.[1]

[1] Il nostro Codice invece stabilisce, che se la dote o parte di essa consiste *in cose mobili, stimate nel contratto di matrimonio*, senza la dichiarazione che tale stima non ne produce la vendita, il marito ne diviene *proprietario*, e non è debitore che del prezzo loro attribuito (art. 1401). Ma la stima dell' *immobile*

§ 425. Meritano esame i *diritti del marito sulla dote*. In antico la dote diveniva proprietà del marito, il quale poteva disporre

costituito in dote, non ne trasferisce la proprietà al marito senza una espressa dichiarazione (art. 1402).

L'immobile acquistato col danaro dotale, non diviene dotale, se non quando nel contratto di matrimonio sia stata stipulata la condizione dell'impiégo. Lo stesso ha luogo relativamente all'immobile dato per pagamento della dote costituita in danaro (art. 1403).

Il marito *solo* ha, durante il matrimonio, l'*amministrazione* della dote (art. 1399).

Il marito *solo* ha diritto di *agire* contro i *debitori* e *detentori* della dote, di *riscuoterne* i *frutti*, e gli *interessi* e di *esigere* la *restituzione* dei capitali (art. 1399).

Queste facoltà, che il Codice nostro accorda al marito, collimano con quelle accordategli nel diritto giustinianeo.

Il marito *non è tenuto a dar cauzione* per la dote che riceve, se non vi è stato obbligato nell'atto di costituzione dotale. Nulladimeno qualora dopo il matrimonio sia sopraggiunto nel patrimonio del marito una trasformazione o diminuzione per cui venga la dote ad essere in pericolo, e quegli che l'ha costituita, o ne è il debitore, sia nel numero delle persone che sarebbero tenute alla prestazione degli alimenti, può il tribunale civile, sull'istanza del medesimo, ordinare le cautele opportune per la sicurezza della dote (art. 1400).

La dote può essere *alienata* o *ipotecata*, se nel contratto di matrimonio *ne è stata permessa l'alienazione* o l'*ipoteca* (art. 1404). Ma fuori di questo caso, non si possono, durante il matrimonio, alienare od obbligare a favore di chicchessia la dote nè le ragioni dotali della moglie, e non si possono neppure ridurre o restringere le ragioni medesime, se non col *consenso del marito e della moglie*, e mediante *decreto del tribunale*, che *può darne* l'autorizzazione nei soli casi di *necessità od utilità evidente* (art. 1405).

Venendo autorizzata la permuta dell'immobile dotale, quello ricevuto in permuta diviene dotale, ed è dotale anche l'avanzo del prezzo, che si deve come tale impiegare. Sarà parimente impiegato come dotale il prezzo ricavato dalla vendita dell'immobile dotale, autorizzata per motivi di evidente utilità. In ambidue i casi il tribunale provvederà in guisa che non si ometta l'impiego del prezzo nel modo da esso stabilito (art. 1406).

E nulla l'alienazione o l'obbligazione della dote, quantunque vi acconsentano ambidue i coniugi, *se non è stata permessa* nel contratto di matrimonio, o non si adempiano le condizioni sopra stabilite (art. 1407).

Il marito può, *durante il matrimonio*, fare revocare l'alienazione o l'obbligazione della dote; uguale diritto spetta alla moglie *anche dopo sciolto il matrimonio*. Il *marito* però che ha *acconsentito* a quell'alienazione od obbligazione, è obbligato pei danni verso colui col quale ha contrattato, se *nel contratto non ha dichiarato* che la cosa alienata od obbligata era dotale (art. 1407, capoverso 1°).

Sciolto il matrimonio, si può procedere sui beni che costituivano la dote, anche per le obbligazioni contratte dalla moglie *durante il matrimonio* (articolo 1407, capoverso 2°).

Il marito riguardo ai beni dotali è tenuto a tutte le obbligazioni che sono a carico dell'usufruttuario, ed è responsabile delle prescrizioni incorse (vedi gli art. 2120 e 2121) e dei deterioramenti avvenuti per sua negligenza (art. 1408).

Può convenirsi nel contratto di matrimonio, che la moglie riceverà annualmente, sopra semplice sua quietanza, una parte delle rendite dotali per le sue minute spese e pei bisogni della persona (art. 1399, capoverso 1°), o come dicono comunemente, a titolo *di spillatico*.

Dalle quali disposizioni si raccoglie, che il marito dal Codice nostro di regola non è, nè è chiamato *proprietario* della dote; chè anzi viene sottoposto a tutte le obbligazioni che fanno carico all'usufruttuario (art. 1408); se non che ha minori obblighi, e diritti più estesi di un usufruttuario e di un

ad arbitrio dei beni che la componevano; aveva facoltà di ipotecarli, di venderli, o altrimenti alienarli: perchè ne aveva acquistato il dominio, coi modi propri della traslazione del medesimo. Una prima limitazione a siffatto suo diritto, assoluto, esclusivo, ed irrevocabile, fu l'obbligo impostogli di restituire la dote all'epoca dello scioglimento del matrimonio; ma quest'obbligo non fu in origine sanzionato con garanzie reali; contro di lui poteva sperimentarsi soltanto un'azione personale per costringerlo a quella restituzione: fu unicamente col tempo, che un'ipoteca legale, generale e privilegiata, venne stabilita a suo carico. Un'altra limitazione al dominio del marito sulla dote, derivò da un plebiscito dei tempi di Augusto, conosciuto sotto il titolo di *Lex Julia de adulteriis et de fundo dotali* (Paolo, II, 21). Frequentissimi essendo divenuti i divorzi in Roma, si volle ovviare al pericolo che il marito scacciasse dalla casa coniugale la moglie, dopo averle dissipato la parte più importante della dote, ossia gli immobili. A questo effetto, la citata *lex Julia* proibì nel suolo Italico di *ipotecare* il fondo dotale, *ancorchè vi consentisse la moglie*, e proibì di *venderlo senza il suo consenso*. La legge oppose maggiore ostacolo all'oppignoramento che alla vendita del fondo dotale, vale a dire dell'immobile che doveva essere restituito, sciolto il matrimonio (fr. 13, § 2, 3, *Dig. de fundo dotali*, XXIII, 5), considerando che la donna doveva essere più riluttante ad una vendita presente ed effettiva, che ad una vendita futura ed eventuale, come quella derivante dall'esercizio del diritto del creditore ipotecario. Per Giustiniano venne modificato tale plebiscito, col togliere ogni differenza fra il fondo situato nel suolo italico, e quello situato nel suolo provinciale: e fra l'oppignoramento e la vendita del fondo medesimo; e fu stabilito, che non fosse lecito al marito, nè di oppignorare, nè di vendere il fondo dotale, neppure

amministratore ordinario. Affinchè il marito divenga *proprietario* della dote è pel Codice necessario, - 1° che la dote consista in cose mobili stimate nel contratto di matrimonio, senza la dichiarazione che tale stima non ne produce la vendita (art. 1401); - 2° che dell'immobile costituito in dote, sia stata fatta stima con l'espressa dichiarazione tale stima essere fatta con lo intendimento di trasferirne la proprietà al marito (art. 1402). Il marito, abbiamo detto, avere minori obblighi e maggiori diritti di un usufruttuario ordinario: infatti per un lato per esempio è esonerato dal dare la cauzione che fa carico all'usufruttuario (art. 1400), per l'altro circa all'acquisto dei frutti naturali è a miglior condizione dell'usufruttuario (confrontisi l'art. 1416 con l'art. 480). Vista l'indole speciale del diritto della legge conceduto al marito sulla dote, e lo scopo pel quale gli è accordato, egli non potrebbe alienare, nè ipotecare siffatto diritto; è dunque assolutamente inseparabile dalla sua persona.

col consenso della moglie, in qualunque luogo fosse quel fondo situato (*Instit. pr., quib. alien. licet, vel non*, II, 8; *cost. un.*, § 15, *Cod de rei ux. act.*, V, 13). Il divieto al marito di vendere il fondo dotale fu esteso a qualunque alienazione, ancorchè operata con la costituzione di un qualche *jus in re*, come di una servitù prediale (fr. 5; fr. 13, § 2, *Dig. de fundo dotali*, XXIII, 5), e perfino all'alienazione indiretta, che si compie col lasciare usucapire; infatti il fondo dotale non poteva essere usucapito, se l'usucapione non aveva avuto principio prima del matrimonio (fr. 16, *Dig. de fundo dot.*, XXIII, 5; fr. 28, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). In gius Nuovo il principio, che il marito è proprietario (*dominus*) della dote, rimane; di vero nelle compilazioni giustinianee, è il marito in quel modo qualificato (*Instit. pr., quib alien. licet, vel non*, II, 8; fr. 7, § 3; fr. 9, § 1; fr. 67; fr. 75 *in f., Dig. de jure, dot.*, XXIII, 3; fr. 13, § 2, *Dig. de fundo dotali*, XXIII, 5; fr. 47, § 6, *Dig. de peculio*, XV, 1; *cost.* 23, *Cod. de jure dot.*, V, 12; *cost.* 7, *Cod. de servo pign. dato manum.*, VII, 8); quel dominio del marito subisce per altro tali limitazioni, che molti interpreti del diritto Romano glielo negano, ritenendo che sui beni dotali abbia piuttosto un *jus in re, sui generis*, analogo all'usufrutto comunque più esteso di quello (vedi Donello, *Comm. jur. civ.*, XIV, 4). E si appoggiano ancora sopra due luoghi del testo, ove si trova detto, che la dote è della donna (*dos mulieris est*), e che le cose dotali *ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio* (fr. 75, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; *cost.* 30, *Cod. de jure dot.* V, 12). Ma con queste parole non si vuol dire altro, che la dote serve a provvedere al mantenimento della donna, e che a lei ritorna, sciolto il matrimonio. Noi riteniamo adunque, che considerando la questione specialmente dal punto di vista istorico, si debba seguitare a dire, che il marito è proprietario della dote, ma che quel suo dominio ha subìto importanti limitazioni. Tali sono infatti:

a) L'obbligo di restituire la dote, sciolto il matrimonio;

b) l'obbligo d'impiegare la dote, a sostenere gli oneri matrimoniali;

c) la proibizione di alienare e di ipotecare il fondo dotale, proibizione per altro, che non si estende alle alienazioni necessarie, come p. e. a quella richiesta da un comproprietario, che vuole sciogliere il condominio (*cost.* 2, *Cod. de fundo dot.*, V, 23),

a quella conseguenza della immissione in possesso di un vicino per ragione di *damnum infectum* (fr. 1 *pr.*, *Dig. de fundo dot.*, XXIII, 5). La proibizione al marito di alienare il fondo dotale è così rigorosa, che l'alienazione fatta in spreto della medesima, è radicalmente nulla, e non può neppure servire di titolo di usucapione all'acquirente di buona fede. La moglie ed i suoi eredi possono (se hanno diritto di chiedere la restituzione della dote), rivendicare quel fondo in mano di chiunque (*cost.* 30 *in f.*, *Cod. de jure dot.*, V, 12; fr. 13, § 3, *Dig. de fundo dot.*, XXIII, 5), e durante il matrimonio quell'azione non si prescrive. Ma il marito ed i suoi eredi, dovendo garantire l'alienazione del fondo dotale, non potrebbero attaccarla nel loro interesse (fr. 17, *de fundo dot.*, XXIII, 6; fr. 3, *Dig. de exc. rei vend. et trad.*, XXI, 3; *cost.* 11; *Cod. de evict.*, VIII, 45), il marito lo potrebbe, soltanto nell'interesse della moglie (*arg. cost.* 16, *Cod. de præd. min. non alien.* V, 71). Di fronte a tali limitazioni gravissime al dominio del marito sulla dote, stanno i seguenti suoi diritti importanti:

1° Egli ha l'amministrazione dei beni dotali, e gode dei frutti loro, senza essere obbligato a prestare cauzione, nè a render conto (fr. 7 *pr.*; fr. 10, § 3, *Dig. de jure dot.*, 23, 3; *cost.* 20, *Cod. eod.*, V, 12; *cost.* 1, 2, *Cod. ne fidejus.*, V, 20).

2° Dei frutti acquista la proprietà per accessione, senza bisogno dunque, di separazione, e molto meno di percezione (fr. 7 e 8, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3). Acquista le accessioni tutte del fondo dotale, sebbene debba restituirle insieme con la dote, all'epoca dello scioglimento del matrimonio (fr. 7, § 12, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3).

3° Può manomettere gli schiavi, che fanno parte della dote; e manomettendoli, ne diviene patrono, con tutti i diritti inerenti a questa qualità (fr. 61, 64, *Dig. sol matrim.*, XXIV, 3; fr. 3, § 2, *Dig. de suis et legit. hered.*, XXXVIII, 16; *cost.* 3, *Cod. de jure dot.*, V, 12; *cost.* 7, *Cod. de servo pign.*, VII, 8). Gli schiavi dotali, acquistano per lui, e dietro suo ordine (fr. 58, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3).

4° Acquista mediante l'usucapione, la proprietà delle cose costituitegli in dote, qualora non fossero appartenute al costituente (*Dig. pro dote*, IV, 9; *Cod. eod.*, VII, 28; Gajo, II, 63; fr. 66, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3).

5° Ha facoltà durante il matrimonio, di esperimentare tutte

le azioni relative ai beni dotali, e specialmente la *rei vindicatio*, la *Publiciana in rem actio*, l'*actio furti*, e l'*actio legis Aquiliæ* (*cost.* 11, *Cod. de jure dot.* V, 12; fr. 18, § 1, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3; fr. 49, § 1, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). La *rei vindicatio* può intentarla perfino contro la moglie (fr. 24, *Dig. rer. amot.*, XXV, 2), mentre essa non ha facoltà di sperimentarla (*cost.* 9, *Cod. de rei vindic.*, III, 32).

6° Gli è lecito alienare i mobili dotali, anche senza il consenso della moglie (*Ist., pr. quib. alien. lic.*, II, 8; fr. 42, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3), disporne a favore di un estraneo, esigere i crediti dotali, senza bisogno che la moglie gliene faccia cessione (*cost.* 2, *Cod. de oblig. et act.*, IV, 10).

7° Morendo trasmette la dote ai suoi eredi (fr. 1, § 1, *Dig. de fund. dot.*, XXIII, 5; fr. 62, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1); sebbene passi in essi l'obbligo di restituirla.

§ 426. Gli obblighi del marito per riguardo alla dote, sono differenti a seconda dell'epoca.

1° *Durante il matrimonio*, deve impiegare i frutti della dote per sopperire agli oneri matrimoniali; tutte le spese di cultura e di manutenzione dei fondi dotali, sono a suo carico, perchè durante il matrimonio ritrae tutto l'utile di cui i beni dotali sono suscettivi (fr. 3, § 1; fr. 13; fr. 16, *Dig. de imp. in rem. dot. fact.*, XXV, 1).

2° *Sciolto il matrimonio*, finisce il diritto del marito sulla dote, perchè cessa lo scopo ad intuito del quale era costituita, e di essa egli deve fare la restituzione. [1]

[1] Pel Codice, sciolto che sia il matrimonio, se la dote consiste in immobili, ovvero in mobili non stimati nel contratto nuziale, o stimati con dichiarazione che la stima non ne toglie alla moglie la proprietà, il marito o i suoi eredi *possono essere costretti* a restituire la dote, *senza dilazione* (art. 1409).

Se la dote consiste in una somma di danaro o in mobili stimati nel contratto, senza che siasi dichiarato che la stima non ne attribuisce la proprietà al marito, la restituzione non può domandarsi che *un anno dopo lo scioglimento del matrimonio* (art. 1410).

La legge accorda così un discreto termine al marito e suoi eredi a pagare le somme di cui si sono fatti debitori.

Se i mobili la cui proprietà resta alla moglie, si sono consumati coll'uso e senza colpa del marito, egli non è tenuto a restituire che i rimanenti, e nello stato in cui si trovano. La moglie può, *in qualunque caso*, ritenere la biancheria e ciò che serve all'ordinario e necessario suo abbigliamento, detratto però il valore di tali oggetti quando sono stati primitivamente dati con una stima (art. 1411).

Il marito dunque che ha ricevuto la dote a stima, sebbene fatta *venditionis causa*, non può impedire, (dovendo restituire la dote della moglie) che essa

a) Quando il matrimonio si scioglie per morte naturale o civile della donna, il padre o l'avo paterno, hanno, per la legislazione giustinianea, il diritto di farsi restituire la dote che hanno costituito, e ciò affinchè non risentano *et filiæ amissæ et pecuniæ damnum*, (fr. 6 *pr.*, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 5, *Dig. de divort.*, XXIV, 2; fr. 10 *pr.*, fr. 59, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3). E questa restituzione della dote profettizia deve esser loro fatta nonostante l'esistenza di figli nati dal matrimonio, che con la morte della donna si scioglie. Nel diritto Antico il marito aveva in tal caso il diritto di ritenere *un quinto* di dote per ogni figlio, e per conseguenza tutta la dote se i figli erano cinque o più

ritenga gli oggetti ora ricordati; ma devesi a discarico di lui valutarne il prezzo.

Se la dote non istimata comprende capitali, o rendite costituite che abbiano sofferto perdita o diminuzione non imputabile a negligenza del marito, questi ne è liberato restituendo i relativi titoli e documenti (art. 1412).

Se la dote è stata costituita sopra un usufrutto sciogliendosi il matrimonio, il marito od i suoi eredi non sono tenuti che a restituire il diritto stesso (l'*jus ipsum*, come dice Ulpiano, fr. 7, § 2, *Dig. de jure dotium*) non già i frutti raccolti o scaduti durante il matrimonio (art. 1413).

Se il matrimonio è sciolto per la morte della moglie, gli interessi o i frutti della dote che deve restituirsi, corrono di diritto a favore dei suoi eredi dal giorno dello scioglimento (art. 1415).

Se il matrimonio è sciolto per la morte del marito, la moglie ha la scelta di esigere, durante l'anno del lutto, gli interessi o i frutti della sua dote, o di farsi somministrare gli alimenti pel tempo anzidetto dall'eredità del marito, la quale in ambedue i casi le deve inoltre fornire, durante l'anno, l'abitazione e le vesti da lutto (art. 1415, capoverso).

Sciogliendosi il matrimonio, i frutti della dote consistente tanto in immobili quanto in danaro o nel diritto di un usufrutto, si dividono fra il coniuge superstite e gli eredi del premorto, in proporzione della durata del matrimonio nell'ultimo anno. L'anno si computa dal giorno corrispondente a quello del matrimonio (art. 1416).

Se l'immobile dotale fu affittato dal solo marito durante il matrimonio, vuole l'articolo 1417 che si osservino le regole stabilite per le locazioni fatte dall'usufruttuario (vedi l'articolo 493).

Se il matrimonio ha durato 10 anni dopo la scadenza dei termini stabiliti al pagamento della dote, e *se la moglie non ne è la debitrice*, essa o i suoi eredi possono ripeterla dal marito o da' suoi eredi dopo lo scioglimento del matrimonio, senza essere tenuti a provare che il marito l'abbia ricevuta, ove non si giustificasse avere il medesimo usate inutilmente tutte le diligenze per procurarsene il pagamento. Così l'articolo 1414, il quale in sostanza fissa una presunzione di pagamento, della quale l'origine si può rintracciare nella Novella 100 di Giustiniano al cap. 1, (vedi il testo alle presenti note al § 329 di questo II volume).

Appena occorre osservare che questa presunzione non potrebbe essere invocata dal costituente la dote, il quale ne fosse tuttora debitore, perchè la legge non la stabilisce che a favore della donna e dei suoi eredi; egli dunque durante 30 anni potrebbe essere sempre convenuto in giudizio affinchè pagasse la dote. Resulta poi evidentemente dalla lettera del citato articolo, che la presunzione in discorso non potrebbe essere invocata dalla donna la quale ha costituito la dote *de suo*. È questa una limitazione che nella Novella 100 non si legge.

(Ulp. VI, 4; Vatic. Fragm., 108); ma questa ritenzione fu soppressa da Giustiniano (*cost. un.*, § 5, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13), talchè rimase inconcussa la regola, che la dote profettizia deve ritornare al padre ed all'avo (fr. 17, *Dig. ad SC. Maced.*, XIV, 6; fr. 78, § 1, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3, *cost.* 4, *Cod. sol. matrim.*, V, 18). Se l'avo od il padre, che avrebbero diritto a quella restituzione, fossero defunti, quando il matrimonio si scioglie per morte naturale o civile della donna, la dote deve essere restituita agli eredi di lei (*cost. un.*, § 6, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13), e non rimane al marito come in antico (Ulp., VI, 4; fr. 79 *pr.*, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 6, *Dig. de collat.*, XXXVII, 6).[1] La dote *avventizia* si trasmette alla morte della donna agli eredi di lei (*cost. un.* § 6, 13, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13), ammenochè il costituente non ne avesse pattuito la restituzione a suo favore. In gius Nuovo non è più dunque un acquisto del marito, come nell'Antico (Ulp., VI, 5).

b) Qualora il matrimonio si sciolga vivente la moglie, vale a dire o per divorzio, o per morte civile o naturale del marito, la donna ed i suoi eredi (checchè ne fosse in gius Antico; Ulp., VI, 6; fr. 2, *Dig.*, XXIV, 3) in gius Nuovo acquistano la dote, senza distinguere se è profettizia o avventizia (*cost. un.*, § 4, 13, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13), ammenochè non fosse una dote *receptitia*, dovendosi in questo caso renderla al costituente, che se ne è assicurato la restituzione.

3° Per regola, durante il matrimonio, la dote non può essere richiesta al marito, nè da lui restituita, conciossiachè la restituzione della dote si convertirebbe in una donazione, che il marito farebbe alla moglie (*cost. un.*, *Cod. si dos constante matrimonio soluta fuerit*, V, 19, *Nov.* 22, *cap.* 39), donazione che non potrebbe essere esclusa, che dalla dimostrazione di un motivo particolare, pel quale si esigesse quella restituzione: verbigrazia il bisogno della donna di alimentare il genitore nell'esilio, di soccorrere il fratello o la sorella miserabili, di redimerli dalla schiavitù (fr. 73, § 1, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 20, *Dig. sol. matrim*, XXIV, 3). Per eccezione la donna può ottenere la *restituzione* della dote

[1] Il principio del diritto Romano che la dote profettizia dovesse ritornare al padre o all'avo, nonostante che la donna lasciasse dei figli, in pratica fu rigettato seguitando l'opinione di Martino e contro quella di Bulgaro (Gravina, *De Dig. jur.*, lib. I, cap. 146).

dal marito, durante il matrimonio, se questi volge all' indigenza, *vergit ad inopiam* (fr. 24, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3, *cost.* 29, *Cod. de jure dot.*, V, 12); può conseguire un' *assicurazione* della medesima mediante sequestro o cauzioni, qualora il marito l' amministri male (fr. 22, § 8 *in f.*, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3); ma i frutti della dote debbono in qualunque caso essere sempre impiegati a sostenere gli oneri matrimoniali (*cost.* 29, *Cod. de jure dot.*).[1]

§ 427. *Obietto della restituzione della dote* è tutto quello che la compone.

a) Allorchè la dote constava di una somma di danaro, o di una quantità di cose fungibili, il marito deve restituire altrettanto del medesimo genere e qualità. Egli ha quest' obbligo, sebbene le cose che ebbe, fossero perite per caso fortuito, perocchè può sempre sodisfare alla obbligazione di restituirle *in genere* (fr. 10, fr. 42, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 66 *pr.*, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3). Se poi la dote fosse consistita in altre cose, individualmente determinate, sieno esse mobili o immobili, dovrebbe restituirle nello stato in cui si trovano, senza sua colpa; e se fossero deteriorate per caso, questo non ricadrebbe a suo carico (fr. 10, *pr.*; fr. 18, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 51; fr. 66; § 3, *Dig.*

[1] La separazione della dote non può domandarsi se non *giudicialmente*, dalla moglie, la quale sia in pericolo di perderla, o quando il disordine degli affari del marito faccia temere che i beni di lui non sieno sufficienti per soddisfare ai diritti della moglie. Tale separazione della dote può anche essere domandata dalla *moglie*, che abbia ottenuto sentenza di *separazione personale* contro il marito. Ogni *separazione stragiudiciale* della dote, è nulla (art. 1418).

La separazione della dote pronunziata dall' autorità giudiciaria rimane senza effetto, quando fra *sessanta giorni* successivi alla sentenza non sia stata eseguita *mediante atto pubblico*, col reale soddisfacimento dei diritti spettanti alla moglie, od almeno nel detto termine la moglie non abbia proposte o proseguite le relative istanze (art. 1419).

La sentenza che pronunzia la separazione dei beni, è retroattiva sino al giorno della domanda. Le spese del giudizio di separazione e di pagamento sono a carico del marito (art. 1420).

I creditori particolari della moglie non possono *senza il suo consenso* domandare la separazione della dote (art. 1421).

I creditori del marito possono reclamare contro la separazione della dote *pronunziata* dall' autorità giudiziaria, ed anche *eseguita* in frode dei loro diritti: possono altresì *intervenire al giudizio* per opporsi alla *domanda di separazione* (art. 1422).

La moglie che ha ottenuto la separazione della dote, deve contribuire, ciò nonostante, in proporzione delle sue sostanze e di quelle del marito, alle spese domestiche, ed a quelle dell' educazione della prole (art. 1423).

La moglie separata di beni, ne ha la libera amministrazione. La dote rimane inalienabile, e le somme che la moglie riceve in soddisfazione di essa sono dotali, e devono impiegarsi con l' autorizzazione giudiciale (art. 1424).

sol. matrim., XXIV, 3, *cost.* 10, *Cod. de jure dot.,* V, 12, *cost. un.,* § 9, *Cod. de rei ux. act.,* V, 13). Ciò è vero, quando quelle cose che compongono la dote, gli furono date senza stima precedente. Ma se gli fossero state date dietro stima, e questa fosse stata operata *taxationis causa,* egli avrebbe la scelta o di pagare la stima di quelle cose, o di riconsegnarle nello stato in cui sono senza sua colpa (fr. 10, § 6, *Dig. de jure dot.,* XXIII, 3); Ed alla pari di ogni debitore di una obbligazione alternativa, dovrebbe prestare la cosa rimasta, se l'una di quelle promesse alternativamente perisse; e per conseguenza dovrebbe prestare la stima delle cose dotali, ove esse per caso fortuito fossero perite (fr. 10, § 6; fr. 12, § 1; fr. 69, § 7, *Dig. de jure dot.,* XXIII, 3, *cost.* 5, 21, *Cod. eod.*). Che se poi la stima fosse stata eseguita *venditionis causa,* dovrebbe restituire non le cose stimate, sibbene il prezzo loro; attalchè come debitore di una somma di danaro, a suo carico sarebbe la perdita o la distruzione delle cose stimate (fr. 18, *Dig. de jure dot.,* XXIII, 3; fr. 51 e fr. 66, § 3, *Dig. sol. matrim.,* XXIV, 3).

b) Insieme con la cosa principale, il marito deve restituire le accessioni, che si sono verificate durante il matrimonio (fr. 38, § 12, *Dig. de usuris,* XXII, 1; fr. 4; fr. 7, § 3; fr. 10, § 1, 2, 3; fr. 47; fr. 65, *Dig. de jure dot.,* XXIII, 3; fr. 5; fr. 6; fr. 25, § 4; fr. 31, § 4; fr. 31, § 4, *Dig. sol. matrim.,* XXIV, 3; *cost. un.* § 9, *Cod. de rei ux. act.,* V, 13). Non debbono per altro, essere restituite le accessioni delle cose dotali stimate *venditionis causa,* perchè con la stima cessarono di essere dotali, e dote fu la stima, o prezzo della vendita (fr. 18, *Dig. de jure dot.,* XXIII, 3; fr. 66, § 3, *Dig. sol. matrim.,* XXIV, 3, *cost.* 10, *Cod. de jure dot.,* V, 12, *cost. un.,* § 9, *Cod. de rei ux. act.,* V, 13). Il tesoro trovato nel fondo dotale, come accessione, deve pure essere restituito; ma il marito potrà ritenerne la metà se per avventura, ne fu l'inventore (fr. 7, § 12, *Dig. sol. matrim.*). I frutti sì civili che naturali della dote, non debbono da lui essere restituiti, essendo suoi, ed egli dovendoli impiegare a sostenere gli oneri matrimoniali. Quando il matrimonio ha sussistito durante più periodi di frutti, appartengono tutti al marito: ed egli non deve restituirli; ma se il matrimonio è cominciato od è cessato durante un periodo di frutti, al marito spetta una parte dei medesimi, proporzionale al tempo durante il quale il matrimonio ha sussistito in

quel periodo: esempigrazia se nell' anno necessario a maturare le mèssi, il matrimonio è durato un quadrimestre, a raccolta la terza parte di esse, detratte le spese, spetta al marito (fr. 7, § 1, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3).

c) Se la dote consisteva in un *jus in re*, costituito *dotis nomine*, questo cessa nel momento in cui il matrimonio si scioglie (fr. 78 *pr.*, § 1, 3; fr. 66, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 57, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3).

d) Ove la dote fosse consistita in un credito, questo deve essere riceduto se non fu riscosso, altrimenti devesi restituire il retratto.

e) Il debito rimesso al marito *dotis nomine*, rivive; e la rinunzia a favore del marito operata anch' essa *dotis nomine*, si ha per non fatta (fr. 12, § 2; fr. 43 *pr.*, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 14, § 3, *Dig. de fund. dot.*, XXIII, 5).

§ 428. Il marito nella esecuzione delle sue obbligazioni, concernenti la dote, è obbligato a adoperare soltanto quella diligenza, che adopera nella gestione dei propri affari, *diligentiam qualem suis rebus adhibere solet* (vedi sopra, § 248, n° 3): e gode inoltre del benefizio della competenza, ossia non può essere condannato se non *in quantum facere potest* (vedi sopra, § 242, *lett.* b).

§ 429. Il marito, richiamato a restituire la dote, ha diritto di essere rimborsato delle spese, che ha fatto per la medesima. Per le *spese necessarie* la legge gli accorda un *jus compensationis et retentionis*, perocchè sia massima incontrovertibile, che le *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt*, (Ulp., VI, 14; *Instit.*, § 37, *de act.*, IV, 6; fr. 56, § 3, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 1, 5; fr. 7, § 1, *Dig. de impensis in res dotales factis*, XXV, 1). E se avesse restituito la dote, senza esercitare tal compensazione, avrebbe la *condictio indebiti* o *sine caussa* per farsele abbuonare. Per le spese *utili*, ha un'*actio mandati*, o *negotiorum gestorum*, secondo che le fece col consenso espresso o tacito della moglie, oppure ad insaputa di lei (Ulp., VI, 16; fr. 5, 10, *Dig. de imp.*, XXV, 1; *cost. un.*, § 5, *Cod.*, V, 13). Per le spese voluttuose, ha l'*jus tollendi* (Ulp., VI, 17; fr. 7; fr. 9; fr. 11; fr. 14, § 2, *de imp.*, XXV, 1, *cost. un.*, § 5, *Cod.*, V, 13).

§ 430. L' *epoca in cui la dote deve essere restituita*, è variata a seconda dei tempi. In antico la restituzione delle cose fungibili, che componevano la dote, si faceva in tre pagamenti annui; le al-

tre cose dovevano essere restituite subito (ULP., VI, 8). Giustiniano per gli immobili ordinò una restituzione immediata, per i mobili accordò un anno a farla (*cost. un.*, § 7, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13). Il luogo della restituzione, per le cose mobili, è il domicilio del marito (fr. 65, *Dig. de judiciis;* V, 1).

§ 431. A corona di quanto abbiamo detto sulla dote, sono da esaminare le *azioni relative alla medesima.*

a) Il marito, cui per promessa è stata costituita la dote, ha una *condictio ex lege* per ottenere l'adempimento di quella promessa (*cost.* 6, *Cod. de dotis promissione et nuda pollicitatione*, V, 11). Se egli soffre evizione, può intentare l'*actio ex stipulatu* per ottenere l'adempimento della promessa non eseguita. L'evizione, che egli soffre nella dote consegnatagli dietro stima, fatta *venditionis causa,* gli dà diritto a valersi di quei mezzi giuridici che ha ogni compratore evitto; ma non ha ricorso alcuno contro il costituente la dote, non stimata o stimata *taxationis causa*, per la evizione sofferta relativamente a cotale dote, quando il costituente ha agito in buona fede (VAT. FRAGM., 105; fr. 16; fr. 34, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3, *cost.* 1, *Cod. eod.*, V, 12). Per garanzia del suo credito, Giustiniano diede al marito un'ipoteca legale sui beni del costituente la dote (*cost. un.*, § 1, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13).

b) Il costituente la dote, quando il matrimonio ad intuito del quale la costituì, non si è verificato, può ripetere con la *condictio causa data, causa non secuta* le cose corporali, che ha consegnate allo sposo, e delle quali per causa di dote gli ha trasmesso la proprietà (fr. 6; fr. 7, § 1; fr. 8, *Dig. de cond. c. d. c. n. s.*, XII, 4; fr. 10, *Dig. de spons.*, XXIII, 1; fr. 7; § 3; fr. 8; fr. 9 *pr.*, § 1, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3), e se non gli trasmise la proprietà di quelle, può rivendicarle (fr. 7, § 3; fr. 9, *pr.*, § 1, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3). Lo sposo non ha azione contro il costituente per ottenere l'esecuzione della promessa, allorchè la dote fu promessa con la condizione *si nuptiæ fuerint secutæ*, (condizione che si presume sempre), e tal condizione non si verificò (fr. 21 a 23, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3).

c) In gius Antico, il padre della donna, o la donna istessa, che avessero stipulato espressamente la restituzione della dote, avevano l'*actio ex stipulatu de dote reddenda,* per conseguire quella restituzione; quest'azione era di *stretto gius*, attalchè il marito doveva restituire tutto quanto avea ricevuto, quand'an-

cora per farlo fosse ridotto all' estrema miseria. Se non avevano espressamente stipulato quella restituzione, avevano l'*actio rei uxoriæ, seu actio dotis,* che era un' azione di buona fede, la quale non passava agli eredi dell' attore (ULP., VI, 6). L'estraneo, il quale nel costituire la dote aveva stipulato, che allo scioglimento del matrimonio gli fosse restituita, aveva a quest' effetto l'*actio ex stipulatu* (*cost. un.*, § 2, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13). Giustiniano fuse insieme queste due azioni, e volle, che qualunque fosse stato il modo di costituzione della dote, ed il modo col quale il marito si fosse obbligato a restituirla, si sperimentasse l'*actio ex stipulatu*; cui per altro, diede il carattere di azione di buona fede (*cost. un., Cod. de rei ux. act.*, V, 13). Siffatta azione si intenta dalla donna *sui juris,* ed ove sia sotto la patria potestà, è intentata dal suo *paterfamilias* col consenso espresso o tacito di lei (fr. 22, § 2, 6, 9, *Dig. sol matrim.*, XXIV, 3). Viene intentata contro il marito o suoi eredi, se costui come persona *sui juris* ha ricevuto la dote, altrimenti contro il *paterfamilias* nella potestà del quale egli si trova, e cui la dote allora viene data ed appartiene, fino al momento che il marito non diviene *sui juris* (fr. 56, § 1, 2, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 20, § 2; fr. 46, fr. 51, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2). Per garanzia della restituzione della dote, la moglie ed i suoi eredi, hanno un' ipoteca legale generale sui beni della persona obbligata a restituirla (vedi vol. I, lib. II, § 208, nº 5). Di più la moglie ha il privilegio di riprendere in natura le cose dotali, tuttora esistenti nel patrimonio del marito (*si tamen extant*) all' epoca dello scioglimento del matrimonio; talchè per riguardo a queste cose ha l' ozione, o di intentare l' azione personale in restituzione, o la rivendicazione (*cost.* 30, *Cod. de jure dot.*, V, 12). Finalmente, come sopra fu detto, può riprendere il fondo dotale libero da qualunque onere, e dalle mani di chicchessia (vedi § 424, nº 5).

§ 432. A lato alla dote, troviamo in diritto Romano, una donazione chiamata prima di Giustiniano *ante nuptias,* e che Giustiniano volle detta:

DONATIO PROPTER NUPTIAS.

(*Cod.,* lib. V, tit. 3, *de donationibus ante nuptias vel propter nuptias, et sponsalitiis.*)

Come il marito riceveva una dote per sopperire agli oneri matrimoniali, così egli per assicurare alla moglie il sostentamento, in special modo nel caso di vedovanza, ed in generale quando egli non fosse più in grado di provvederglielo, costituiva o faceva costituire a favore della donna una specie di *contraddote.* Questa si chiamava *donatio ante nuptias,* perchè solevasi costituire prima delle nozze, ma Giustino, considerando, che era permesso aumentare la dote durante il matrimonio, permise eziandio aumentare quella donazione; Giustiniano poi, avendo permesso che questa donazione alla pari della dote potesse essere costituita ancora durante il matrimonio, il nome di *donatio ante nuptias*, sembrò improprio a designarla, laonde l'imperatore stesso la volle appellata *donatio propter nuptias* (vedi *Instit.,* § 3, *de donat.*, II, 7). Un parallelismo notevole esisteva fra questa *donatio propter nuptias*, e la dote. E valga il vero, la donna che portava dote al marito, poteva esigere da lui che le fosse costituita questa specie di contraddote, in una somma uguale alla dote (*cost.* 13, *Cod. de hereticis,* I, 5; *cost.* 7, *Cod. de dotis promis.*, V, 11, *Nov.* 97, *c.* 1 e 2); come la dote, così non poteva tale contraddote venire alienata durante il matrimonio (*Nov.* 61, *c.* 1), ed alla pari dei beni dotali, i beni che componevano siffatta contraddote, potevano essere sottratti all'amministrazione del marito, se egli vergeva all' inopia (*cost.* 29, *Cod. de jure dot.*, V, 12); come a titolo di pena qualche volta la donna perdeva la sua dote, così nei casi stessi il marito perdeva la *donatio propter nuptias;* nella maniera medesima, che la moglie aveva per garanzia della sua dote un' ipoteca legale sui beni del marito, le era conceduta, ancora per garanzia di questa donazione (*cost.* 30, *Cod. de jure dot.*, V, 12, *cost.* 9, *Cod. de pactis conv.,* V, 14, *cost.* 12, § 2, *Cod. qui pot. in pign.*, VIII, 18, *Nov.* 22, cap. 20, *Nov.* 61, *c.* 1). A compiere l' analogia fra queste due istituzioni, finalmente la legge dispose, che tutte le convenzioni delle parti relative alla dote, valessero eziandio per la *donatio propter nuptias,* comunque a questa non espressamente fossero state

estese (*Instit.*, § 3, *de donat.*, II, 7; *cost.* 17, 20, *Cod. de donat. ant. nupt.*, V, 3; *Nov.* 97, c. 1, e 2). Lo scioglimento del matrimonio per morte della moglie, o per divorzio non imputabile al marito, estingueva la *donatio propter nuptias*; (*cost.* 18, *Cod. de don. ant. nupt.*, V, 3; *cost.* 31, § 1, *Cod. de jure dot.*, V, 12; *nov.* 22, *cap.* 20). La morte del marito all'incontro, faceva passare tal donazione in proprietà della moglie, in antico senza limitazione alcuna, più recentemente nel caso di mancanza di figli del comune matrimonio; conciossiachè esistendo quei figli, la moglie avesse il solo usufrutto dei beni, che la componevano; essi la proprietà (*cost. un.*, *Cod. si sec. nupt.*, V, 10; *Nov. Leon.*, 20). Ma non insisteremo di più su questa istituzione, perchè andata in disuso.

§. 433. Tutti i beni della donna, che non sono dotali, chiamansi beni parafernali (*parapherna*). Dei beni *parafernali, o stradotali*, la moglie ha libera disponibilità giuridica; nessun diritto, neppure di amministrazione o di usufrutto spetta al marito sui medesimi, se la moglie non glielo accorda, (fr. 9, § 3, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 95 *pr.*, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2). Ordinariamente la moglie glieli fa amministrare, ed allora egli diviene un mandatario di lei; e non può disporre di quei beni a proprio capriccio (*cost.* 8, *Cod. de pactis conv.*, V, 14), ma invece deve rispettare le volontà della moglie. In tale amministrazione, è obbligato a portare quella diligenza, che adopera nell'amministrazione delle cose proprie (fr. 9, § 3, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; *cost.* 11, *Cod de pactis conv.*, V, 14). Sciolto il matrimonio, deve il marito restituire i beni stradotali, e vi può essere costretto secondo le circostanze, con l'azione del mandato o del deposito, o con la *rei vindicatio* (fr. 9, § 3, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3). Per garanzia di questa restituzione, la legge accorda alla moglie ed ai suoi eredi, un'ipoteca su tutti i beni del marito (*cost.* 11, *Cod. de pactis conv.*, V, 14.) [1]

[1] Sono *parafernali*, dice l'articolo 1425 del Codice, tutti i beni della moglie che non sono stati costituiti in dote.

La moglie che ha beni parafernali, se nel contratto non fu determinata la parte per la quale deve soggiacere ai pesi del matrimonio, vi contribuisce nella proporzione stabilita dall'articolo 138, vale a dire in proporzione delle sue sostanze, e di quelle del marito, computati nel contributo di lei i frutti della dote (1426).

La moglie ritiene il dominio, l'amministrazione e il godimento dei suoi beni parafernali, e il marito non ha diritto di amministrarli, nè di esigere

§ 434. I coniugi sogliono d'ordinario, con speciali convenzioni, concluse nel momento del matrimonio, stabilire i diritti,

i crediti, se non ne ha da essa il mandato, salve le disposizioni del capitolo 9, titolo 5 del libro primo del Codice Civile (art. 1427).

Se la moglie costituisce il marito procuratore ad amministrare i suoi beni parafernali, a condizione che renda conto dei frutti, egli è obbligato verso la medesima come qualunque altro procuratore (art. 1428).

Se il marito ha goduto i beni parafernali della moglie *senza procura*, ma *senza opposizione per parte di essa*, od anche *con procura*, ma *senza condizione di render conto dei frutti*, egli o i suoi eredi, alla prima domanda della moglie od allo scioglimento del matrimonio, non sono tenuti che a consegnare i *frutti esistenti*, senza obbligo di rendere quelli *già consumati* (art. 1429). È notevole che il Codice tratta in tal caso il marito, od i suoi eredi, con più severità di quella che usa verso il possessore *di buona fede*, il quale per l'articolo 703 non è tenuto a restituire altri frutti, se non quelli che gli sono *pervenuti dopo la domanda giudiziale*, ma non già i *frutti tuttochè esistenti*, pervenutigli *prima* di tal domanda. Lo tratta come il genitore è trattato dall'articolo 234.

Se il marito, *nonostante l'opposizione* della *moglie*, fatta con atto anche stragiudiziale, ha goduto dei beni parafernali, egli o i suoi eredi sono tenuti a render conto alla medesima dei frutti *esistenti* e dei *consumati* (art. 1430).

Il marito che gode i beni parafernali, è tenuto a tutte le obbligazioni dell'usufruttuario (art. 1431).

Uguali regole (a queste indicate dagli articoli 1428, 1429, 1430 e 1431) si applicano al caso in cui la moglie ha avuto l'amministrazione e il godimento dei beni del marito (art. 1432).

Se nel contrarre matrimonio, non fu fatto precedere alcun atto risguardante gli interessi patrimoniali dei coniugi, si intende che essi abbiamo voluto essere governati dal regime *della separazione dei beni*, e *tutti i beni* della moglie sono allora parafernali. Ciò è naturale perchè il *regime dotale*, non può esistere senza un'apposita stipulazione, e la *comunione* che il Codice ammette, non è la regola che stabilisce, bensì l'eccezione, ed ha bisogno per esistere di una esplicita *convenzione*.

Il Codice nostro nell'ammettere il regime della *comunione*, non ha voluto la comunione *universale dei beni*, ma soltanto quella *degli utili*, infatti l'articolo 1433 dispone. Non è permesso agli sposi di contrarre altra comunione universale, fuorchè quella degli *utili*. Tale convenzione deve essere fatta nel contratto di matrimonio, e non può stabilirsi che abbia principio in un tempo diverso da quello della celebrazione del matrimonio. Per altro questa comunione può essere pattuita quantunque vi sia costituzione dotale.

È lecito agli sposi stabilire patti speciali per siffatta comunione, alla quale, in mancanza di questi patti sono applicabili le disposizioni relative alla *società*, per altro con le seguenti modificazioni e dichiarazioni (art. 1434):

1° Non possono essere compresi nella comunione nè l'attivo e passivo presente dei coniugi, nè quello che venisse loro devoluto per successione o donazione durante la comunione; ma il *godimento* de' beni sì mobili come immobili, presenti e futuri cade nella comunione (art. 1435).

2° Non può stipularsi che uno dei coniugi debba contribuire nel passivo una maggior parte di quella che fosse per avere nell'attivo della comunione (art. 1440, capoverso). Ma il patto col quale si stabilisce che i coniugi parteciperanno *in parti disuguali negli utili*, ovvero che il *sopravvivente preleverà su di essi una porzione*, è valido, e non è riguardato come una liberalità soggetta alle regole delle donazioni, nè per la sostanza nè per la forma (art. 1440).

3° Si farà dagli sposi prima del matrimonio una descrizione autentica dei loro beni *mobili presenti*, ed uguale descrizione sarà pur fatta dei *beni mobili* che venissero loro a devolversi durante la comunione. In mancanza di tale descrizione o di altro titolo autentico, i beni mobili sono considerati come acquisto della comunione (art. 1437).

4° Il marito *solo* può amministrare i beni della comunione, e stare in giu-

che si vogliono respettivamente concedere sui beni loro propri. Queste convenzioni diconsi:

dizio per le azioni risguardanti la medesima; ma non può, salvo che a *titolo oneroso*, alienare o ipotecare i beni, la cui proprietà cade nella comunione (art. 1438).

5° Alle locazioni fatte dal marito dei beni della moglie, il godimento de' quali cade nella comunione, sono applicabili le regole stabilite per le locazioni fatte dall' usufruttuario (art. 1439).

L'*effetto* di questa comunione è di rendere *comuni* e *divisibili* gli acquisti fatti dai coniugi *unitamente* o *separatamente* durante la comunione, sieno questi derivanti dalla industria comune o da risparmi fatti sui frutti o sulle entrate dei coniugi, detratti però sempre i debiti della comunione stessa (art. 1436).

Tale comunione *non si può sciogliere* che per la *morte di uno* dei coniugi, per l'*assenza dichiarata*, per la *separazione personale definitiva*, e per la *separazione giudiziale dei beni* (art. 1441).

La separazione giudiziale dei beni non può pronunziarsi che in caso di cattiva amministrazione della comunione, o quando il disordine degli affari del marito mette in pericolo gli interessi della moglie. A siffatta separazione sono applicabili le disposizioni degli articoli 1418, 1420 e 1421, relativi alla separazione della dote dai beni del marito (art. 1442).

Sciolta la comunione, se i coniugi vogliono *ristabilirla*, possono ciò fare con un *atto pubblico*. In questo caso la comunione riprende il suo effetto come se la separazione non avesse avuto luogo, senza pregiudizio delle ragioni acquistate dai terzi durante la separazione (art. 1443).

È nulla qualunque convenzione con la quale *si rinnuovasse* la comunione con *patti diversi* da quelli co' quali essa era anteriormente regolata (art. 1443, capoverso).

Dopo lo scioglimento della comunione, la moglie od i suoi eredi hanno sempre la facoltà di rinunziare alla comunione o di accettarla col benefizio dell'inventario, uniformandosi a quanto viene stabilito per le rinunzie alle eredità, o per l'accettazione delle medesime col benefizio dell'inventario, nel capo che ha per rubrica: *Delle disposizioni comuni alle successioni* ec., e sotto le pene ivi comminate (art. 1444).

Nella divisione della comunione i coniugi od i loro eredi, ed anche in caso di rinunzia od accettazione col benefizio dell'inventario, la moglie od i suoi eredi, possono sempre, nonostante le disposizioni dell'articolo 1437 (relativo alla descrizione dei beni mobili appartenenti respettivamente agli sposi, da farsi prima del matrimonio per quelli presenti, e nel momento della devoluzione per gli altri) prelevare le cose mobili che possono provare, con tutti i mezzi autorizzati dalla legge, avere loro appartenuto prima della comunione, o essere loro devolute durante la medesima a titolo di donazione o di successione (art. 1445).

La *moglie*, od i suoi *figli eredi*, possono valersi della prova testimoniale, qualora si tratti di cose ad essa devolute a titolo di successione o donazione, qualunque ne sia il valore (art. 1445, capoverso 1°).

La *moglie* od i *suoi eredi* possono anche ripetere il valore delle cose mobili spettanti ad essa, ed escluse dalla comunione, ma che non si trovassero più in natura al tempo della divisione, e possono in tal caso provare anche *per notorietà* il valore delle dette cose (art. 1445, capoverso 2°).

Il prelevamento autorizzato (dall'articolo 1445) dalla legge *non può farsi a pregiudizio dei terzi*, che in mancanza di descrizione o di altro titolo autentico di proprietà avessero contrattato col marito, *quale amministratore della comunione*, salvo alla moglie od ai suoi eredi il regresso sulla porzione della comunione spettante al marito, ed anche sui beni di lui particolari (art. 1446).

Patti Dotali (*Pacta Dotalia*).

(*Dig.*, lib. XXIII, tit. 4, *De pactis dotalibus; Cod.*, lib. V, tit. 14 *De pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias et paraphernis*, V, 14.)

Tali patti possono essere conclusi tanto *prima*, quanto *durante* il matrimonio (fr. 1; fr. 12, § 1, *Dig. h. t.*), e possono venire convenuti così dai coniugi, come dalle persone che li hanno in potestà, ed ancora dall'estraneo che costituisce alla donna la dote. Basta per la loro validità il solo consenso; non si richiede comunemente che sieno redatti in iscritto (*cost. un. pr., Cod.*, V, 13; *cost.* 6, *Cod. de dot. promis.*, V, 11); la scrittura si richiede per eccezione se intervengono fra le persone illustri, e quando si vuole trasformare in matrimonio un concubinato (vedi tom. I, lib. I, § 156 e 128). Diversi possono essere questi patti, ed è libero di convenirli nel modo che più aggrada alle parti, purchè:

a) *non contradicano all'indole del matrimonio;* e contradittorio sarebbe verbigrazia il patto che privasse il marito del benefizio della competenza.

b) *non sieno in opposizione con la natura e con lo scopo della dote.* Non potrebbesi p. e. convenire la restituzione dei frutti della dote (i quali, come fu detto, debbono invece essere impiegati a sostenere gli oneri matrimoniali), nè la restituzione della dote, prima dello scioglimento del matrimonio (fr. 4, *Dig. h. t.*; fr. 21, § 1, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1);

c) *non peggiorino la condizione della donna:* per esempio, nullo sarebbe il patto che il marito fosse responsabile soltanto del dolo nell'amministrazione della dote (fr. 6; fr. 29, *Dig. h. t.*, XXIII, 4), o che gli fosse lecito restituire la dote dopo il tempo dalla legge prescritto (fr. 14; 18, *Dig. eod.*), o che vivente la moglie, la dote passasse in proprietà irrevocabile del marito, o degli eredi di lui (fr. 2; 26, § 2, *Dig. h. t.;* fr. 1, § 1, *Dig. de dote præleg.*, XXXIII, 4). Ciò non pertanto, il patto che il marito lucrerà tutta la dote in caso di premorienza della moglie, è valido (fr. 12 *pr.;* fr. 26, § 2, *Dig. h. t.*, XXIII, 4; *cost.* 6, *Cod. eod.*, V, 14);

d) *non alterino la correspettività, che deve esistere fra la*

dote, e la donazione propter nuptias (*cost.*, 9 e 10, *Cod. h. t.*, V, 14; *Nov.* 97, cap. 1).

e) non contengano o non mascherino donazioni inter vivos fra i coniugi (fr. 5, § 1, 2; fr. 20, *Dig. h. t.*; fr. 5, § 5; fr. 6; fr. 7, § 6; fr. 31, § 4; fr. 32, § 24; 26, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1).[1]

[1] La società coniugale relativamente ai beni è regolata dalle convenzioni delle parti e della legge. Così si esprime l'articolo 1378 del Codice.

Le convenzioni delle parti che regolano i beni dei coniugi, hanno nome di *contratto di matrimonio*. Altro è *matrimonio*, altro *contratto di matrimonio*: il primo è relativo alle persone, il secondo ai beni; il primo è un legame fra le persone, il secondo è l'insieme delle convenzioni fatte in contemplazione del matrimonio, per regolare gli interessi patrimoniali dei coniugi. Ma contratto di matrimonio non può esistere senza matrimonio.

L'atto destinato a fissare le convenzioni matrimoniali, deve essere esarato prima del matrimonio; e queste convenzioni debbono essere stipulate per *atto pubblico avanti notaio* (art. 1382).

Le convenzioni matrimoniali di qualunque specie non possono cangiarsi in verun modo *dopo la celebrazione del matrimonio* (art. 1385).

Le mutazioni nei contratti matrimoniali che occorressero *prima* del matrimonio, debbono anche esse farsi per *atto pubblico* (art. 1383). Inoltre nessuna mutazione o controdichiarazione, è valida quando sia fatta senza la presenza ed il simultaneo consenso di tutte le persone che *sono state parti* nel contratto di matrimonio (art. 1383, capov.). Queste mutazioni o controdichiarazioni comunque rivestite delle forme dalla legge prescritte (vedi l'art. 1383), *non hanno effetto rispetto ai terzi*, se in calce o in margine della minuta del contratto di matrimonio non fu fatta annotazione indicante l'atto che contiene il cangiamento o la controdichiarazione. Questa annotazione deve parimente esser fatta sulla copia del contratto di matrimonio rimessa al pubblico archivio a cura del notaio che l'ha ricevuto, ed anche su quella presentata all'uffizio di trascrizione, se il contratto di matrimonio fu trascritto (art. 1384).

Gli sposi non possono con le loro convenzioni matrimoniali derogare nè ai diritti che appartengono al capo della famiglia, nè a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge, nè alle disposizioni proibitive contenute nel Codice civile (art. 1379). Laonde non potrebbe verbigrazia, convenirsi che la moglie non dovesse abitare col marito, o che la moglie non dovesse godere della potestà patria (o meglio *parentale*) sui figli dopo la morte del marito.

Non possono gli sposi neppure fare alcuna convenzione o renunzia che tenda a mutare l'ordine legale delle successioni (art. 1380, col quale concorda la cost. 15, *Cod. de pactis*) perocchè il Codice nostro non ammetta per causa di delazione delle eredità altro che il testamento e la legge (art. 720) e rifiuta le istituzioni *contrattuali* o *convenzionali* (art. 954, 1118, 1160).

Quindi sarebbe nulla, per esempio, quella convenzione con la quale una figlia maritandosi, promettesse nel suo contratto di matrimonio di contentarsi della dote, e di rinunziare alla futura successione dei suoi genitori, o alla legittima.

Finalmente non è permesso agli sposi di stipulare in modo generico che il loro matrimonio sia regolato da consuetudini locali o da leggi, alle quali non sono legalmente sottoposti (art. 1381). Esempigrazia non sarebbe lecito convenire che il matrimonio sarà regolato dalle leggi toscane anteriori alla promulgazione del Codice civile italiano, o dalle leggi inglesi e via discorrendo, mentre italiani sono gli sposi.

Se il matrimonio ebbe luogo senza alcun contratto risguardante gli interessi economici degli sposi, essi si troveranno soggetti al *regime della separazione dei beni*; non a quello *dotale*: poichè quest' ultimo esige per sua natura

III. Dei Patti Pretorii (*Pacta Prætoria*).

§ 435. Patti pretorii si dicono quelli rivestiti di azione dal Pretore; tali sono: 1° Il *pactum hypothecæ*. 2° Il *costitutum debiti seu pecuniæ*. 3° Il *precarium*. 4° Il *receptum* dei capitani di nave, degli albergatori e degli osti. 5° Il *receptum arbitrii*. 6° Il *pactum de jurejurando extrajudiciali*.

1° *Pactum Hypothecæ*.

§ 436. È questo il *patto col quale taluno concede ad un creditore un'ipoteca, in garanzia del suo credito*. Nasce da questo patto, senza bisogno di forma alcuna, il diritto patrimoniale reale di ipoteca, e l'azioue ipotecaria, che serve a farlo valere, allorquando:

a) preesista una obbligazione principale, che si vuole garantire con l'ipoteca,

b) la cosa sottoposta ad ipoteca sia idonea ad essere ipotecata (vedi vol. I, lib. 2° § 195 e seg.).[1] Non occorre nelle Fonti nostre, regola alcuna intorno agli effetti di cotal patto, ma per l'analogia del medesimo col contratto di pegno, dobbiamo ritenere, che la persona a favore della quale il patto in discorso fu concluso, abbia in caso di evizione, come pure per i vizi e difetti della cosa ipotecata, nonchè per la deteriorazione e distruzione della medesima imputabili a chi la ipotecò, abbia (diciamo) una azione analoga all'*actio pignoratitia contraria*, mediante la quale possa conseguire risarcimento dei danni sofferti (*argom.*, fr. 9, *pr.*; fr. 13, § 1, fr. 16, § 1; fr. 24; fr. 25; fr. 31; fr. 32, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7).

un' apposita stipulazione; non a quello della *comunione*, perchè la legge non lo presume, sebbene lo permetta. La moglie dunque, riterrà il dominio, l'amministrazione e il godimento dei suoi beni, detti *parafernali*, ed il marito non avrà diritto di amministrarli, nè di esigerne i crediti senza un mandato della moglie, salvi però i diritti che al marito garantisce il cap. 9, titolo 5 del libro I del Codice (art. 1427). Se non che la moglie che ha beni parafernali, ove nel contratto di matrimonio non determini la parte per la quale dovrà soggiacere ai pesi del matrimonio, dovrà contribuire a mantenere, educare ed istruire la prole, in proporzione delle sue sostanze e di quelle del marito (art. 138 e 1426).

Del regime *dotale*, e di quello della *comunione*, che la legge permette di stipulare, noi parliamo nelle note relative alla dote (nota al § 418, e seguenti).

[1] Vedi la nota al § 193, lib. II, del volume I.

2° *Constitutum debiti seu pecuniæ.*

(*Dig.*, lib. XIII, tit. 5, *de pecunia constituta; Cod.* lib. IV, tit. 18, *de constituta pecunia.*)

§ 437. È un *patto col quale si promette di pagare un debito già esistente.* La conferma di un debito già esistente, mediante una posteriore promessa di pagarlo, parve al Pretore una prova irrecusabile della seria e ferma volontà di obbligarsi: attalchè accordò una azione *constitutoria* o *de pecunia constituta* per ottenere l'adempimento di cotale promessa. Era intendimento dei Pretori, di mitigare con l'Editto il rigoroso sistema dei contratti fondati sul diritto Civile, e di accordare per motivi di equità un' *actio,* in virtù della quale, i semplici patti avessero efficacia alla pari dei contratti; ed a ciò si adoperavano con ogni argomento; ma il passo più ardito, che facessero in questa via, fu il dare un' azione al *constitutum debiti,* fissando il principio, che qualunque convenzione, con la quale si promettesse di pagare un debito già esistente, proprio od altrui, naturale o civile, producesse azione, sebbene non fosse stata rivestita della forma della *stipulatio.* Se questa promessa era relativa al pagamento di un debito proprio, dicevasi *constitutum debiti proprii;* se era relativa al pagamento di un debito altrui, dicevasi *constitutum debiti alieni.*

§ 438. Il Pretore nel dare efficacia giuridica al *constitutum*, secondo il consueto, non fece che estendere un' istituzione già esistente e riconosciuta dalla giurisprudenza. Ed in vero era costume antico dei banchieri (*argentarii*), di incaricarsi di fare pagamenti per le persone nelle quali avevano fiducia, o delle quali ritenevano in deposito dei capitali. Allorquando un banchiere prometteva al creditore di una di queste persone, di fargli un pagamento in un giorno determinato, si diceva esistere il *receptum argentarii*, perchè il banchiere aveva ricevuto, o preso a proprio carico (*receptum*) quel pagamento. Il banchiere era costretto ad eseguire l'obbligazione contratta da lui in cotal guisa con la semplice promessa, per mezzo di un' azione detta *actio receptitia:* azione civile e perciò *perpetua*, che era esperibile per un debito qualunque, ancorchè non di danaro, e la quale si esperi-

mentava per la ragione che il banchiere aveva promesso il pagamento, comunque non esistesse in lui obbligo precedente di pagare. Quest'istituzione propria dei banchieri, fu dal Pretore estesa a tutti: essendochè nel suo Editto dichiarasse, che chiunque per semplice patto avesse fissato, *costituito* (*constitutum*) un giorno pel pagamento di un debito preesistente, sarebbe stato costretto ad eseguire quest' obbligazione con un' azione, che fu detta *de constituta pecunia*. Tale azione pretoria, a differenza della *receptitia*, azione civile, non era come quella esperibile contro i soli *argentarii*, sibbene contro tutti; ma per altra parte era applicabile soltanto ad un debito di danaro, e non di qualunque cosa fungibile, e ad un debito preesistente (*cost.* 2, *Cod. h. t.*). Giustiniano fuse queste due azioni in una sola, cui conservò il nome pretorio, la quale volle estesa ad ogni maniera di debito qualunque ne fosse l'obietto, ed a cui attribuì la durata ordinaria delle azioni civili (*cost.* 2, *Cod. h. t.*).

§ 439. Il *constitutum debiti alieni*, essendo una specie di fideiussione, ne tratteremo quando esporremo le diverse maniere di intercessione; qui ci limiteremo a dichiarare le regole del *constitutum debiti proprii*. Affinchè esista *constitutum debiti proprii*, è necessario il concorso di due condizioni:

a) che preesista un debito.

b) che il debito preesistente sia riconosciuto espressamente, con la nuova promessa. *a*) Il debito preesistente può avere una origine qualunque; così la convenzione come il delitto (fr. 1, § 6; fr. 29, *Dig. h. t.*), ciò poco importa; e nulla conclude l'essere quel debito puro o condizionale, senonchè in questo ultimo caso, condizionale sarà ancora il *constitutum* (fr. 19 *pr.*, *Dig. h. t.*). È indifferente del pari, che sia un debito *civile* o *naturale*; basta che *non sia inane*, o *riprovato dalla legge* (fr. 1, § 6; fr. 3, § 1; fr. 6, 7, 8, *Dig. h. t.*). Anzi il principale vantaggio del costituto era quello, di dare ad un'obbligazione *naturale* forza *civile*, senza ricorrere alla formalità dell'obbligazione verbale o letterale. *b*) Con la nuova promessa confermatoria del debito preesistente, lice sostituire una prestazione diversa, a quella obietto del debito originario (fr. 1, § 5; fr. 25, *Dig. h. t.*); ma se la nuova promessa ha estensione maggiore dell'antica, vale soltanto dentro la misura di quella (fr. 1, § 8; fr. 11; fr. 12, *Dig. h. t.*).

§ 440. *Constituere* significando fissare un giorno pel paga-

mento, il *constitutum* suppone di regola, che quel giorno sia determinato; nulladimeno la indeterminazione del medesimo non vizia il patto. A rigore, mancando la determinazione del giorno, l'esecuzione dell'obbligazione potrebbe esigersi subito, tuttavolta per equità la giurisprudenza accordò 10 giorni al debitore (fr. 21, § 1, *Dig. h. t.*). Il constituto non esige alcuna formalità alla sua esistenza: basta la semplice convenzione anche verbale; e questa può essere fatta eziandio per mezzo di mandatario (fr. 5, § 3; fr. 14, § 3; fr. 15, 26, 27, *Dig. h. t.*). Dal costituto nasce un'obbligazione nuova, che non annulla, nè assorbe la precedente, con la quale anzi coesiste (fr. 28, *Dig. h. t.*; fr. 15, *Dig. de in rem verso*, XV, 3): attalchè il creditore ha la scelta fra l'azione primitiva, e quella del costituto (fr. 18, § 3, *Dig. h. t.*); ma l'esperimento di una di esse, estingue l'altra (fr. 18, § 1; fr. 19, § 2; fr. 20, *Dig. h. t.*).

3° *Precarium.*

(*Dig.*, lib. XLIII, tit. 26, *de precario*; *Cod.* lib. VIII, tit. 9, *de precario et Salviano interdicto.*)

§ 441. Il patto del precario, è una *convenzione per la quale una persona concede gratuitamente ad un' altra, dietro le preghiere di questa, l' esercizio della proprietà, o di qualche diritto frazionario della medesima, pel tempo che piacerà al concedente* (fr. 1 *pr.*; fr. 2, § 3; fr. 3, *Dig. h. t.*).[1] Questo patto deve la sua origine probabilmente (vedi SAVIGNY, *Trattato del Possesso*, § 62), all' uso che avevano i *patres* di concedere quelle parti dell'*ager publicus*, che avevano occupato, ai loro clienti, perchè le coltivassero, e ne godessero il frutto, concessione che loro facevano dietro le loro *preci:* onde il nome di *precarium* (fr. 1, *Dig. h. t.*), e che ritoglievano loro ad arbitrio.

[1] Il Codice non conosce una convenzione che abbia nome di *precario*. Vero è che nel Codice occorre talora questa parola. Così nell' articolo 2115 si trova detto: il conduttore, l' usufruttuario, e generalmente coloro che *ritengono precariamente la cosa* ec. ec.; qualifica che per costoro ripete l' articolo 2117; ma qui per *precario* si intende il possesso di una cosa senza l' animo di tenerla per sè (vedi nota al § 31 del libro II, vol. I), e riconoscendo anzi il diritto del proprietario della cosa; ossia significa *detenzione* o *possesso naturale*. Tale significato della voce *precario* deriva dal diritto Canonico (Decretali, *Gregor.*, cap. 3, *de precariis*, lib. 3, tit. 14).

§ 442. Il precario è una liberalità, ma non già una donazione; perocchè non diminuisca di un valore stimabile a contanti il patrimonio di chi lo concede, nè aumenti del valore stesso il patrimonio di chi lo richiede; ed inoltre non contenga un' alienazione (fr. 1, § 2, *Dig. h. t.*). Il precario è simile al commodato (fr. 1, § 3, *Dig. eod.*); ma non può andare confuso con quello; e di vero oltre alla differenza notevole, altrove avvertita (vedi sopra, § 292, nº 2), che nel commodato la cosa è data per un tempo e per uno scopo determinati, tanto che prima del decorso di quello o del conseguimento di questo la cosa non può essere richiesta, e nel precario la cosa può essere richiesta ad arbitrio di chi la diede, oltre questa differenza diciamo, ne esistono altre di non minor rilievo; infatti:

a) Il commodato è un contratto, il precario invece è un patto.

b) Chi riceve la cosa *precario* è responsabile soltanto della colpa lata, sebbene risenta tutto il vantaggio della convenzione (fr. 23, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 8, § 3 e 6, *Dig. h. t.*): il commodatario invece, è responsabile anche della colpa leve (vedi sopra, § 294, nº 2.).

c) Chi riceve la cosa *precario*, ne ha il possesso giuridico: e sebbene non abbia l'intenzione di averla per sè, per difenderla, può intentare in proprio nome gli interdetti possessorî; perchè il suo è un possesso *derivativo* (vedi vol. 1, lib. 2, § 31, nº 3), il commodatario all'incontro, ha la mera detenzione della cosa commodatagli (vedi sopra, § 292, nº 1).

§ 443. Benchè il precario si concluda con la tradizione della cosa, non è un contratto reale, sibbene un patto, perocchè intercedendo fra patrono e cliente, e così fra persone che stavano fra loro in relazione quasi di padre e figlio, fra costoro non si reputava possibile un vero contratto. E sembrando enorme fra queste persone stare attaccati ai rigorosi principii del diritto, comunque il cliente risentisse vantaggio dalla convenzione, era responsabile della sola colpa lata. Il patrono poi, abbandonava al cliente la cura di difendere quella parte dell'*ager publicus*, che gli aveva conceduto; ed il Pretore altresì trovava ragionevole, che il cliente il quale stava sempre in contatto col fondo, e soffriva direttamente le turbative nel possesso del medesimo, lo difendesse con gli interdetti.

§ 444. Sparito l'*ager publicus*, l'istituzione giuridica del precario, rimase ciò nonostante governata da principii coerenti alla sua origine; essa fu estesa ad altre cose per le quali non era stata introdotta, cioè alle cose mobili (fr. 4, *Dig. h. t.*), come appunto accadde al possesso, che ebbe vita anch'esso dall'*ager publicus*, ma al quale esso pure sopravvisse. Forse il precario sarebbe venuto meno con l'*ager publicus*, se non avesse acquistato importanza a cagione del modo col quale si costituiva il pegno. Dicemmo infatti che il creditore, cui il debitore mancipava *cum fiducia* la cosa, che voleva dargli in garanzia, poteva consentire a lasciarne l'uso al debitore stesso, concedendogliela *precario*, all'effetto di non privarlo del godimento della medesima (fr. 6, § 4, *Dig. h. t.*). E quando il pegno fu costituito diversamente, il precario rimase per l'uso, che se ne fece nelle vendite a termine, nelle quali il venditore non pagato, dava al compratore la cosa *precario*, finchè pagato non era. Ottenuto il pagamento, con una *traditio brevi manu*, il possesso *precario* si mutava in possesso *cum animo domini* (fr. 20, *Dig. de precario*, XLIII, 26.).

§ 445. A chi concede la cosa *precario*, lice ripeterla a suo libito, quand'ancora l'avesse conceduta per un tempo determinato: perocchè nel precario non abbia effetto l'apposizione di un termine (fr. 12, *Dig. h. t.*), come contradittorio all'indole di questa relazione giuridica. In caso di rifiuto può sperimentare l'interdetto *de precario*, il quale da primo applicabile soltanto ai fondi, fu poi esteso ancora ai mobili (vedi vol. I, lib. 2). In progresso di tempo, la giurisprudenza accordò eziandio un'azione *præscriptis verbis* (fr. 2, § 1; fr. 14; fr. 19, § 2, *Dig h. t.*, XLIII, 26), ed è questa la ragione per la quale alcuni scrittori considerano il precario come un contratto reale innominato. Ma tale azione, perchè conceduta cumulativamente con l'interdetto del precario, non ha alterato l'indole di questa istituzione. Il patto del precario, fissato per un dato tempo, è tacitamente prolungato quando, scorso quel tempo, la cosa non è richiesta. E come tacitamente si prolunga il precario, così tacitamente può stabilirsi, possedendo cioè senza dichiarazione di volontà, ma con la sofferenza del proprietario (Paolo, V, 6, 11; fr. 4, § 4; fr. 8, § 2; fr. 16, *Dig. h. t.*). Il precario si estingue per la morte di chi ricevè la cosa, se non è prolungato a favore degli eredi (fr. 12,

§ 1, *Dig. h. t.*); non già per la morte di chi la concesse (fr. 12, § 1, *Dig. h. t.*; fr. 8, § 1, *Dig. eod.*).

4° *Receptum dei capitani di nave, degli albergatori ed osti.*

(*Dig.*, lib. IV, tit. 9, *nautæ, caupones, stabularii, ut recepta restituant.*)

§ 446. L'albergatore, l'oste, il capitano di nave, che ricevono nella loro respettiva locanda, osteria, o nave, merci o bagagli, o che ve li fanno ricevere dai loro dependenti, contraggono in forza dell'Editto del Pretore l'obbligo rigoroso di rispondere di qualunque danno o furto, che in quei luoghi di ricetto le cose ricettate subissero (fr. 1; fr. 7, *Dig. h. t.*), quando per altro, il danno non provenga da vizio interno delle medesime, o da un caso assolutamente fortuito, ma invece dal dolo o dalla colpa loro, o dei loro sottoposti o di estranei (fr. 3, § 1; fr. 5, § 1; fr. 1, § 8; fr. 2; fr. 3 *pr.*, *Dig. eod.*).[1] L'azione, che può sperimentarsi per ottenere il risarcimento del danno, dalle ricordate persone, è un'*actio in factum de receptis* (fr. 3, § 1, 5, *Dig. h. t.*), azione che per analogia viene oggi data ancora contro i vettori per terra, relativamente alle cose, delle quali assunsero il trasporto. Diede il Pretore quest' azione per garantire efficacemente i cittadini dalla malafede di persone, in cui è giuoco forza riporre fiducia, e che hanno somma facilità di abusarne (fr. 1, § 1; fr. 3, § 1, *Dig. h. t.*).

§ 447. Il *receptum*, del quale trattiamo, dal maggior numero degli espositori del diritto Romano, viene classato fra i patti pretorii, perchè l'obbligazione, che ne risulta si fa valere con una azione data dal Pretore; ma a vero dire patto non è, perchè il vincolo obbligatorio non resulta da *convenzione*, bensì dal *fatto* del ricevimento.

5° *Receptum arbitrii.*

§ 448. L'accettazione fatta da un arbitro dell'incarico datogli di giudicare una controversia fra due litiganti, che costoro

[1] Concordano gli artic. 1866, 1867, 1868.

di comune accordo gli sottopongono, dà vita all'obbligazione in lui di pronunziare siffatto giudizio; obbligo consacrato formalmente nell'Editto del Pretore. Di qui deriva, che il *receptum arbitrii* può essere considerato come un patto pretorio. Tal patto avendo una relazione intima col compromesso, è opportuno trattarne quando diremo di quest'ultimo. Lo stesso è da ripetersi del

6° *Pactum de jurejurando extrajudiciali.*

§ 449. Eziandio di questo patto pretorio ci occuperemo di seguito al compromesso, vista la grande analogìa, che ha col medesimo.

Dei patti nudi (*Nuda Pacta*).

§ 450. Chiamano i commentatori patti nudi (*nudæ pactiones*), quei patti, i quali davano vita soltanto ad una obbligazione *naturale*[1] (fr. 8 *in f.*, fr. 15 *pr.; Dig. de præscript. verb.*, XIX, 5; *cost.* 1, *Cod. de pact. conv.*, V, 14; fr. 7, § 4, *Dig. de pactis*, II, 14; Paolo, II, 14). A renderli civilmente obbligatorî, il mezzo più antico e più usato, fu quello di rivestirli della forma della stipulazione; una stipulazione bastava, se in conseguenza del patto si voleva obbligata una sola delle parti paciscenti; due stipulazioni invece si addimandavano, se ambedue le parti dovevano reciprocamente e correspettivamente rimanere obbligate; stipulazioni che si facevano separate e successive, ma in guisa, che quegli il quale figurava come promittente nell'una, figurasse come stipulante nell'altra (vedi sopra, § 318). In progresso di tempo, riconosciuti obbligatorî i contratti innominati, per dare efficacia civile a delle convenzioni bilaterali, dalla legge non riconosciute come causa di obbligazione, bastò che una parte eseguisse la prestazione cui si era obbligata, dacchè allora la convenzione si

[1] Giova ricordare, che pel Codice tutte le convenzioni indistintamente danno vita ad una obbligazione *civile*, quando in esse concorrano:
1° La capacità di contrattare.
2° Il consenso valido dei contraenti.
3° Un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione.
4° Una causa lecita per obbligarsi (art. 1104).

trasformasse in un contratto reale innominato, e la parte che aveva eseguito la prestazione, potesse con l'*actio præscriptis verbis* esigere, che l'altra parte eseguisse alla sua volta la propria, promessa in correspettività di quella (vedi sopra, § 308). Nel trattare dei principali fra questi patti nudi, passeremo sotto silenzio il patto delle usure, e quello della penale, patti che per indole loro appartengono a questa categoria, essendochè ne abbiamo già fatto menzione altrove; piuttosto ci faremo ad esaminare alcuni patti nudi, che vengono adoperati a porre un termine alle giuridiche controversie: vogliam dire la *transazione*, ed il *compromesso*.

1° Transazione.

(*Dig.*, lib. II, tit. 15, *de transactionibus*; *Cod.*, lib. II, tit. 4, *de transactionibus*.)

§ 451. La transazione nel significato tecnico della parola, è una *convenzione per la quale due o più persone si compongono intorno ad un diritto litigioso fra loro, od almeno incerto, rinunziando ciascheduna a favore dell'altra, ad una parte delle proprie pretese.*[1] I Romani solevano rivestire la transazione della forma della stipulazione, ed allora l'*actio ex stipulatu* ne procurava l'esecuzione (*cost.* 21, *Cod. de pactis*, II, 3; *cost.* 6, 28, 33, *Cod. h. t.*). Con l'azione istessa conseguivasi eziandio la penale, stipulata pel caso in cui uno dei transigenti avesse contravvenuto alla convenzione (fr. 15, 16, *Dig. h. t.*, fr. 122, § 6, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; *cost.* 37, *Cod. h. t.*). Allorquando con l'*actio præscrip-*

[1] L'articolo 1764 definisce la transazione come un contratto con cui le parti dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata, o prevengono una lite che può sorgere.

L'articolo 1767 permette di stipulare una pena nelle transazioni contro chi non le adempie, e dichiara che questa pena tiene luogo di compenso pei danni cagionati dal ritardo, *fermo tuttavia l'obbligo di adempiere la transazione.*

La pena dunque, è per questo articolo sempre dovuta, oltre la cosa principale; la legge vuole che si ritenga sempre che sia stata stipulata pei danni del ritardo, sebbene le parti non l'abbiano dichiarato. Ciò in deroga all'articolo 1212, capoverso.

Il Codice nostro esige *sotto pena di nullità*, che la transazione sia fatta per atto pubblico o per privata scrittura (art. 1314, n° 7).

Chi ha transatto sopra un diritto suo proprio, se acquista in appresso simile diritto da altra persona, non resta vincolato dalla transazione precedente in quanto al diritto nuovamente acquistato (art. 1770, col quale concorda il fr. 9 *pr.*, *Dig. de transact.*).

tis verbis poterono farsi valere i contratti reali innominati, chi aveva eseguito ciò cui per la transazione si era obbligato, avendola trasformata per cotal guisa in un contratto reale innominato, con quell'azione *præscriptis verbis,* poteva costringere l'altra parte ad eseguire alla sua volta la obbligazione propria (*cost.* 6 e 33, *Cod. de transact.,* II, 4). Mancando la *stipulatio,* o la esecuzione della convenzione per parte di uno dei transigenti, la transazione come patto nudo, non produceva azione, ma soltanto eccezione; in tal caso si poteva ricorrere a sperimentare l'azione, che si aveva anteriormente alla transazione; e se il reo convenuto opponeva l'eccezione della transazione, l'attore lo respingeva mediante la *replicatio doli* (*cost.* 6, 28, 33, *Cod. h. t.*), perocchè sia davvero in dolo il reo convenuto, che si fa forte della transazione nella parte a sè favorevole, e la rifiuta nella parte contraria.

§ 452. Affinchè esista transazione, è necessario il concorso di tre condizioni:

a) *Lite, o almeno dubbio sul diritto* obietto di transazione (fr. 1 e 8, *Dig. h. t., cost.* 2, *Cod. eod. cost.* 1 e 16, *Cod. de pactis,* II, 3). Chi ha un diritto canonizzato da una sentenza, contro cui non sia possibile appello o ricorso, non può transigere sul diritto medesimo (fr. 7 *pr.*, e fr. 11, *Dig. h. t., cost.* 32, *Cod. eod.;* fr. 23, § 1, *Dig. de condict. indeb.,* XII, 6). Ed in vero si transige per evitare o terminare una lite, per fissare un diritto incerto o litigioso, ma una sentenza irrevocabile fa certo il diritto, ed osta a qualunque contestazione sul medesimo: laonde ogni transazione sarebbe in tal caso assurda.[1]

b) *Sacrifizio di una parte delle respettive pretese.* Non si transige, col rinunziare ad un diritto, senza conseguire un qualche compenso dall'altra parte, ma piuttosto si regala o si dona (fr. 1, *Dig. h. t., cost.* 12 e 38, *Cod. eod., cost.* 3, *Cod. de repud. hered.,* VI, 31).

c) *Capacità di transigere nelle parti.* La transazione essendo una rinunzia a porzione di quello che abbiamo diritto di esigere, è una alienazione; di essa sono dunque incapaci coloro che alienare non possono.[2]

§ 453. La legislazione Romana permette in generale che si

[1] Concorda l'art. 1776, ma quando le parti, o una di esse non avesse avuto notizia della sentenza.

[2] Concorda l'art. 1765.

transiga su qualunque diritto, tuttavolta per eccezione è proibito transigere:[1]

a) Sugli alimenti lasciati per atto di ultima volontà (fr. 8, § 2, *Dig. h. t.*). Per un senatusconsulto promosso da un' orazione di Marco Aurelio, è vietata cotale transazione, ammenochè non venga fatta con l' autorizzazione del magistrato. (*cost.* 8, *Cod. h. t.*). Si volle così ovviare al pericolo, che l' alimentando stretto dal bisogno, non si contenti di una somma minore della dovutagli, ma sborsatagli immediatamente: ed insieme si intese ad impedire il danno, che egli proverebbe dissipandola in un subito, come pur troppo facilmente farebbe invitato dall' opportunità.

b) Sull' eredità di una persona, che è morta lasciando un testamento, non è lecito transigere, finchè quel testamento non è conosciuto (fr. 6, *Dig. h. t.*, fr. 1, § 1, *Dig. testam. quemad. aper.*, XXIX, 3).

c) Obietto di transazione, in materia di pene, possono essere solamente le private, le pubbliche non già (fr. 7, § 14; fr. 17, § 1; fr. 27, § 4, *Dig. de pactis,* II, 14; fr. 54, § 5; fr. 56, § 4, *Dig. de furtis,* XLVII, 2), essendochè sieno queste ultime stabilite nel pubblico interesse.

§ 454. La transazione ha efficacia simile alla cosa giudicata; ne fa le veci fra le parti, che intanto debbono rispettarla, in quantochè volonterose vi si sottoposero (*cost.* 20 e 31, *Cod. h. t.*; fr. 9, § 1, 3, *Dig. eod.*).[2] Per lei si mutano i primitivi diritti delle parti, estinguonsi quelli cui hanno rinunziato, hanno forza gli altri riconosciuti (*cost.* 15, 16, 39, 41, *Cod. h. t.*); quindi essa opera no-

[1] Il Codice civile non contiene divieto di transigere sopra gli alimenti, nè sulle eredità testamentarie, di cui non sia ancora noto il testamento che le deferisce.

Implicitamente vieta le transazioni sopra le azioni penali che provengono dai reati, quando dichiara che per fare transazione è necessario che si abbia la *capacità di disporre degli oggetti compresi in essa* (art. 1765).

L' articolo 1766 ammette che si possa fare transazioni sopra un' *azione civile* che provenga da un reato, ma dichiara che la transazione non è di ostacolo al procedimento per parte del pubblico ministero. Il delitto interessa l' ordine pubblico: alla società spetta invocarne la punizione. Crediamo che per le stesse ragioni non si possa transigere sulle questioni *di stato,* appunto come su quelle non è lecito *compromettere* (Codice di procedura civile, art. 8). Nessun dubbio può elevarsi sulla nullità della transazione quando fosse nociva e sfavorevole allo *stato della persona,* che transige; dubitare si potrebbe della validità della transazione se invece fosse favorevole (*cost. ult.*, *Cod. de transact.*, *cost.* 10, *cod. eod.*), ma noi proponderemmo per dichiararla nulla in un modo assoluto, perchè le questioni di *stato* interessano l' ordine pubblico.

[2] Concorda l' art. 1772.

vazione. Tuttavolta, giova avvertirlo, la transazione ha effetto solamente sulle controversie, che per volontà delle parti furono in essa comprese ma;[1] non importa che quelle controversie sieno indicate con una formula generale, o che vengano specificate in particolare; perocchè si ammette tanto una transazione *generale*, quanto una *particolare*. Chi fece una *transazione generale*, non è ammesso ad impugnarla sotto il pretesto di non avere pensato a tutto quanto essa comprendeva (fr. 12, *Dig. h. t., cost.* 29, *Cod. eod.*), quando è certo che pensare vi poteva (fr. 5; fr. 9 *pr.*, § 1 e 3; fr. 12, *Dig. h. t.*). Ma una transazione con la quale si renunzi *ad ogni diritto, azione e pretensione*, si intende limitata ai diritti relativi all'oggetto in questione[2] (*cost.* 31, *Cod. h. t.*). Le transazioni non comportano pentimento o recesso per volere di una parte sola: quand'anche il pentimento fosse immediato (*cost.* 39, *Cod. h. t.*); debbono essere invece eseguite, all'effetto di non perpetuare le liti (*cost.* 10, *Cod. eod.*). Obbligano soltanto le persone, che le hanno concluse, ed i loro eredi, non già i terzi rimasti estranei alle medesime.[3] (fr. 3 *pr., Dig. h. t., cost.* 1 e 26, *Cod. eod.*, fr. 29, § 2, *Dig. de inoff. testam.*, V, 2; *cost.* 2, *Cod. inter alios acta*, VII, 60).

§ 455. La transazione si rescinde e si annulla, come le altre convenzioni tutte, pel dolo, e per la violenza (*cost.* 4, 13, 19, *Cod. h. t.*, fr. 65, § 1, *Dig. de condict. et indeb.*, XII, 6), per errore e per l'ignoranza.[4] L'errore sopra un punto essenziale

[1] Concorda l'art. 1769.

[2] Concorda l'art. 1768 e l'art. 1769.

[3] Concorda l'art. 1771.

[4] Pel capoverso dell'articolo 1772 le transazioni non possono impugnarsi per *causa di errore di diritto*, nè per causa di lesione; ma deve essere corretto l'errore di calcolo, come insegna la *cost. un., Cod. de err. calcul.*

È per altro ammessa l'*azione di nullità* contro una transazione nei casi di *dolo*, di *violenza*, o di *errore sopra la persona* o l'*oggetto della* controversia (art. 1773, col quale concordano i fr. 65, § 1, *Dig. de condict. indeb.*, fr. 3, § 2, *Dig. de transact.*, e *cost.* 13, *Cod. eod.*).

Si può ugualmente impugnare una transazione che sia fatta in esecuzione di un *titolo nullo*, salvo che le parti abbiano espressamente trattato della nullità (art. 1774, col quale è dato argomentare che concordasse il diritto Romano dalla *cost.* 42, *Cod. de transact.*).

La transazione fatta sopra documenti che si sono in appresso riconosciuti falsi, è *intieramente nulla* (art. 1775) e non nulla soltanto in quella parte sulla quale potevano avere avuto influenza i documenti falsi, come era per la *cost.* 42, *Cod. de transactionibus*.

L'articolo 1776 dichiara parimente nulla la transazione di una lite che fosse finita con sentenza passata in giudicato, *della quale le parti o una di esse non avesse avuto notizia* (art. 1776). Ove si argomentasse *a contrario sensu*, da queste parole bisognerebbe concludere che sarebbe valida la transazione su di

della questione transatta, ed intorno al quale le parti non dubitavano, esclude il consenso, e perciò annulla la transazione (fr. 36 *in f.*, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2, *cost.* 42, *Cod. h. t.*; fr. 3, § 1; fr. 12, *Dig. eod.*; fr. 65, § 1, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6); ma non può dirsi lo stesso dell'errore, in cui versasse una delle parti, sopra una delle circostanze dubbiose, obietto di transazione appunto perchè dubbiose (fr. 12, *Dig. h. t.*, *cost.* 2, 19, 29, *Cod. eod.*). È nulla una transazione unicamente intesa a colorire un contratto illecito, o qualunque altra convenzione fatta in frode della legge. Esempigrazia, non varrebbe una transazione fra due coniugi, che larvasse una donazione (fr. 5, § 5, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1, *cost.* 12, *Cod. h. t.*). A causa di lesione non si annullano le transazioni (fr. 65, § 1, *Dig. de cond. indeb.*, XII, 6; fr. 78, § 16, *Dig. ad SC. Trebell.*, XXXVI, 1). E bene a ragione. Essendo incerto l'esito dei giudizi, e gravissimi i dispendi di una lite, lo evitarli è un largo compenso a quello che un dei transigenti avesse ceduto di soverchio. Arroge la quasi costante impossibilità di valutare il sacrifizio fatto dalle parti transigenti, vista la incertezza del diritto cui rinunziano. Finalmente la prudenza politica sconsiglia a permettere, che le transazioni vengano attaccate per motivi di questo genere, perocchè altrimenti troppo spesso si farebbero risorgere le liti, che le transazioni stesse sono intese a sopire per sempre.[1]

sentenza passata in cosa giudicata, se le parti ne ebbero notizia, o se una di esse ne ebbe notizia. Ma se una delle parti avesse avuto notizia della sentenza ed avesse profittato dell'ignoranza dell'altra per transigere, la transazione sarebbe nulla come viziata da dolo (art. 1773). E se ambedue le parti avessero avuto notizia della sentenza, il patto di renunzia, o abbandono parziale dei loro diritti canonizzati dalla sentenza, sarebbe senza dubbio valido, (come lo sarebbe stato anche per diritto Romano (*cost.* 32. *Cod. de transact.*, fr. 7, § 13, *Dig. de pactis*) ma transazione *vera e propria* non potrebbe chiamarsi.

Per l'articolo 1777 allorchè le parti hanno fatto transazione generalmente sopra tutti gli affari che potessero esservi fra loro, i documenti che erano loro ignoti in quel tempo e che posteriormente si sono scoperti, non costituiscono un titolo per impugnare la transazione, salvo che sieno stati occultati per fatto di una delle parti contraenti. Ma la transazione è nulla quand' essa non riguarda che un solo oggetto, e resti provato dai documenti posteriormente scoperti, che una delle parti non aveva alcun diritto sopra lo stesso oggetto. Con questa distinzione il Codice risolve le questioni che facevano sorgere i fr. 3, § 1 e 2, *Dig. de transact.*; fr. 78, § *ult.*, *Dig. ad SC. Trebell.*, fr. 35, *Dig. de re judic.*, fr. 31, *Dig. de jurejur.*, e la *costit.* 19, *Cod. de transactionibus*, non tanto facilmente fra loro conciliabili.

[1] Concorda l'art. 1772, capoverso.

2° *Compromesso.*

(*Dig.*, lib. IV, tit. 8, *de receptis qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant.*, *Cod.*, lib. II, tit. 56, *de receptis arbitris.*)

§ 456. Il compromesso è una *convenzione per la quale due o più persone si obbligano a sottoporre la decisione di una lite insorta fra loro, o che è per insorgere, al giudizio di un terzo, che ha nome di arbitro* (fr. 1; fr. 27, § 2, *Dig. h. t.*). Le persone che hanno diritto di transigere, hanno facoltà eziandio di fare un compromesso sopra gli obietti, sui quali è possibile transazione (fr. 32, § 6; fr. 35, *Dig. eod.*). Non lice compromettere quelle cause, che sono relative allo stato delle persone, come la legittimità o illegittimità di un figlio, la libertà o la servitù di un uomo (fr. 32, § 7, *Dig. h. t.*); perocchè interessino l'ordine pubblico, onde non lice rimetterle alla decisione di chi non è rivestito di autorità giudiciaria. Per ugual motivo non possono venire in compromesso accuse di delitti pubblici, che interessano cioè il pubblico ordinamento (fr. 32, § 6, *Dig. eod.*).

§ 457. Le parti litiganti debbono obbedire alla decisione dell'arbitro, detta *arbitrium*, o *laudum*. A Roma solevasi adoperare la stipulazione di una penale (*stipulatio pœnæ*) per dar forza al compromesso. In difetto di tale stipulazione, la sentenza dell'arbitro produceva una eccezione soltanto (fr. 13, § 1, *Dig. h. t. cost.* 5, *Cod. eod.*), ma in virtù di una nuova costituzione di Giustiniano, qualora il lodo fosse sottoscritto dalle parti, o non venisse attaccato nei 10 giorni successivi alla sua pronunzia (*arbitrium homologatum*), il riluttante ad osservarlo poteva essere costretto a farlo, mediante un'*actio in factum* (*cost.* 4, § 4, *cost.* 5, *Cod. h. t. Nov.* 82, *cap.* 11).

§ 458. Non è permesso ad una delle parti mutare a capriccio, l'arbitro scelto di comune accordo con l'altra (fr. 45, *Dig. h. t.*). Generalmente ognuna delle parti sceglie un arbitro, e poi le parti stesse convengono, che in caso di discordia di opinione fra i respettivi arbitri, un terzo sia nominato, a togliere la parità; è prudenziale che le parti medesime nominino questo terzo, e non

ne rimettano la scelta ai due respettivamente prima nominati; si impedisce così che discordando essi sulla scelta di quel terzo, il compromesso, non rimanga privo di effetto (fr. 17, § 5, *Dig. h. t.*), od il magistrato non sia obbligato a costringere gli arbitri a nominarne un terzo, *superarbiter*, (fr. 17, § 6, *Dig. eod.*).

§ 459. Il compromesso, e l'autorità che esso conferisce all'arbitro, finiscono quando è spirato il termine stabilito, quantunque non sia stato proferito il lodo (*cost.* 1, *Cod. h. t.*), ammenochè le parti non abbiano dato facoltà agli arbitri di prorogare quel tempo, o non lo proroghino esse medesime (fr. 25, § 1; fr. 32, § *ult.*; fr. 33, *Dig. h. t.*). Il compromesso finisce ancora per la morte di una delle parti, e non obbliga chi sopravvive, verso gli eredi del defunto, nè questi verso il superstite: qualora non fosse stato espressamente convenuto il contrario (fr. 27, § 1, *Dig. h. t.*). La morte dell'arbitro produce lo stesso effetto (fr. 45, *Dig. eod.*). Queste disposizioni riconosconsi ragionevoli, ove si rifletta, che il compromesso si fonda sopra la fiducia delle parti fra loro e nell'arbitro, fiducia tutta personale, la quale per conseguenza cessa con la persona in cui era riposta.

§ 460. La persona scelta ad esercitare l'ufficio di arbitro non può essere costretta ad assumerlo (fr. 3, § 1, *Dig. h. t.*), ma assuntolo, non può capricciosamente dimettersene; perocchè con l'accettazione del medesimo, si è conclusa fra i compromittenti e l'arbitro una convenzione, il *receptum arbitrii*, che il Pretore fa rispettare mediante un'*actio in factum*, esperibile contro l'arbitro per costringerlo a pronunziare il lodo (fr. 3, § 1, 3, *Dig. eod.*). Di qui deriva; che il *receptum arbitrii* è un patto pretorio, e se ne parliamo fra i patti nudi, lo facciamo perchè a ciò ne consiglia la connessione delle materie.

§ 461. L'arbitro ha da giudicare la controversia sottopostagli secondo le regole del diritto comune, qualora le parti non avessero stabilito diversamente (fr. 1; fr. 32, § 15, *Dig. h. t.*). I più arbitri giudicano *collegialmente*, perocchè l'assente avrebbe potuto indurre gli altri nel suo parere (fr. 17, § 2, *Dig. h. t.*), ed il loro lodo è proferito dietro deliberazione presa a maggiorità di voti (fr. 17, § 2, 7; fr. 18; fr. 32, § 13, *Dig. eod.*). Dissentendo essi sul *quantum* della condanna, la legge vuole che prevalga il giudizio di quello che opina pel meno, perchè in questo meno tutti consentirono (fr. 27, § 3, *Dig. h. t.*). Gli arbitri non possono

giudicare, se non di ciò che è stato sottoposto al loro giudizio (fr. 32, § 15; fr. 46, *Dig. eod.*), perocchè essi non abbiano altra autorità, oltre quella, che è stata loro conferita col compromesso. Finisce l'autorità degli arbitri, con la pronunzia definitiva del loro lodo, essendochè a questa si limiti il loro mandato; laonde pronunziato il lodo, non hanno facoltà di mutarlo o ritrattarlo (fr. 19, § *ult., Dig. h. t.*). Termina l'uffizio loro, oltrechè per la loro morte, o per quella dei compromittenti (fr. 45, *Dig. eod.*), eziandio per consenso dei compromittenti stessi (fr. 32, § 3, *Dig. eod.*) [1]

§ 462. Il patto del giuramento stragiudiciale, è come l'antecedente un patto pretorio, perchè rivestito anche esso di una azione dal Pretore; e di questo pure trattiamo quì, per la sua analogia col compromesso. Questo patto è: *una convenzione per la quale due persone si promettono scambievolmente di far dipendere la decisione di una lite, pendente fra loro, da un giuramento stragiudiciale, che deve deferirsi da una di esse all'altra* (*Dig.*, lib. XII, tit. 2, *de jurejurando; Cod.*, lib. IV, tit. 1, *de rebus creditis et jurejurando*). Se la persona cui il giuramento viene deferito, giura la propria pretensione, può farla valere mediante un'azione, che il pretore gli accorda, senza che sia nella necessità di provare altrimenti il suo diritto (*Instit.*, § 11, *de act.*, IV, 6; fr. 3; fr. 5, § 2; fr. 9; fr. 11, § 3; fr. 13, § 2, 5; fr. 28, § 10. *Dig. h. t.*, XII, 2). Se invece, essa giura la propria liberazione da un'obbligazione, che l'altra parte pretende farle carico, può sempre opporre l'eccezione del giuramento (*Instit.*, § 4, *de exceptionibus*, IV, 13; fr. 9, *Dig. h. t.*, XII, 2). [2]

§ 463. Fra i patti nudi, meritano menzione ancora:

a) I patti coi quali si conviene di fare un contratto (*pacta de contrahendo*):

b) I patti aleatorî (*pacta quæ aleam continent*).

a) *Pacta de contrahendo.* Tali patti di per sè soli erano in diritto Romano privi di azione; affinchè la producessero, e riuscissero per conseguenza civilmente obbligatori, era necessario che fossero rivestiti della forma della stipulazione; era necessario per esempio che Tizio stipulasse, che Sempronio gli darebbe a mutuo una tal somma, o gli venderebbe una tal cosa. Allora Ti-

[1] Sul compromesso vedi il Codice di procedura civile, art. 8 a 34.
[2] Sul giuramento. Vedi l'appendice II, § 3 al 4° volume art. 1362 a 1377.

zio avrebbe potuto ottenere, o la esecuzione della promessa, o la prestazione dei danni ed interessi. [1]

b) *Pacta quæ aleam continent.* Così chiamansi quelle convenzioni nelle quali le parti fanno dipendere da un evento casuale, un lucro, od una perdita per l'una di esse. Queste convenzioni sono per loro indole sinallagmatiche, sebbene in sostanza sia ordinariamente una parte sola, quella che resulta obbligata ad eseguire una prestazione. Fra le convenzioni aleatorie, alcune sono permesse, come l'*emptio spei*, la *pecunia trajectitia*, il *pactum sortis*, ossia quel patto col quale si rimette alla fortuna la decisione di una cosa dubbiosa, cosicchè ognuna delle parti contendenti consegue ciò che le tocca in sorte (*cost.* 3, *Cod. commun. de legat.*, VI, 43). Altre sono proibite. Proibito in certi casi è il giuoco, *lusus* o *ludus*, e la scommessa, *sponsio.* [2]

1° Nel fr. 2, § 1, *Dig. de aleatoribus* (XI, 5), si dichiara come per un senatusconsulto fosse proibito di giuocare di danaro, all'infuori che nei giuochi di destrezza e di ginnastica; ed una costituzione di Giustiniano (*cost.* 3, *Cod. de aleat. et alearum lusu*, III, 43), impone che eziandio in questi giuochi permessi, la scommessa non superi il solido (10 franchi). I giuochi proibiti sono tanto odiosi alla legge, che non solamente non havvi azione per esigere la vincita, ma ben anco chi perde, ha la facoltà di ripetere con la *condictio indebiti* quello che pagò, *condictio*, che in questo caso, si prescriveva col decorso di anni *cinquanta*, e la quale poteva essere esercitata perfino dai magistrati municipali del luogo ove era fatta la perdita, se non era esercitata dal perditore o dai suoi eredi (*cit. cost.* 3, *Cod. de aleat.*, III, 43). E le persone, che prestavano luogo o comodo al giuoco, non avevano

[1] Oggi in conseguenza di tali patti potrebbe esercitarsi un'azione per l'adempimento del contratto o pel rifacimento di danni, quando esistessero gli estremi del contratto medesimo. (Vedi nota al § 450.)

[2] Il Codice non accorda veruna azione pel pagamento di un debito di giuoco o di scommessa (art. 1802). Ma a differenza del diritto Romano, vieta al perdente di ripetere quanto avesse *volontariamente* pagato, purchè per parte del vincitore non siavi frode o dolo, e purchè il perdente non sia minore di età, interdetto, o inabilitato (art. 1804). Il Codice, dunque, considera i debiti di giuoco e di scommessa come *debiti naturali*.

A somiglianza del diritto Romano, il Codice eccettua da queste sue disposizioni i giuochi che contribuiscono all'esercizio del corpo, come sono quelli che addestrano al maneggio delle armi, alle corse a piedi o a cavallo, a quelle dei carri, al giuoco del pallone, ed altri di tal natura. Nondimeno l'autorità giudiziaria può rigettare la domanda, quando la somma impegnata nel giuoco o nella scommessa sia eccessiva (art. 1803).

neppure azione onde ottenere indennità pei guasti, e perfino pei furti commessi in casa loro dai giuocatori (fr. 1, *Dig. de aleat.,* XI, 5; fr. 2, § 1, *Dig. quarum rerum actio non datur,* XLIV, 5.)

2° Le scommesse in sè sono valide (fr. 17, § 5, *Dig. de præscript. verb.,* XIX, 5), quando non siano fatte per cause disoneste e non siano dolose: dolose sarebbero quelle nelle quali chi vince avesse avuto la certezza dell'evento sul quale scommise, ed avesse approfittato dell'ignoranza dell'altra parte intorno al medesimo, per scommettere. Vietate ed invalide sono le scommesse, che hanno luogo nei giuochi proibiti (fr. 3, *Dig. de aleat.,* XI, 5). I giuochi, e le scommesse non proibiti danno vita ad una obbligazione naturale, cui per dare efficacia civile, era necessario aggiungere la *stipulatio*, o trasformarli in un contratto innominato, consegnando cioè ad una delle parti la somma scommessa, o la posta del giuoco. Più comunemente solevansi deporre e l'una e l'altra nelle mani di un terzo, che le teneva in deposito o in sequestro per consegnarle al vincitore.

CAPITOLO II.

DELLE OBBLIGAZIONI NASCENTI DA DELITTO [1]

(*Instit.,* lib, IV, tit. 1, *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur;* *Dig.,* lib. XLVII, tit. 1, *de privatis delictis.*)

§ 464. Delitto (*delictum*) nel suo significato etimologico, esprime l'abbandono di una regola di condotta: perocchè quella

[1] Ogni delinquente contrae due obbligazioni: soffrire la *pena*, risarcire il *danno;* onde hanno origine due azioni: *penale* l'una, *civile* l'altra. Il Codice civile nostro non si occupa naturalmente che dell'obbligazione *civile* di risarcire il danno. La nozione del delitto pel Codice civile è più estesa che per la legislazione penale; infatti pel Codice civile delitto è: *qualunque fatto illecito* ed *imputabile* dell'uomo (*fatto doloso o colposo, positivo* o *negativo*) che arreca danno ad altri, e che obbliga l'autore del medesimo a risarcire il danno.

Tal nozione la desumiamo dai due articoli 1151 e 1152, dei quali, vuolsi confessarlo, non è molto felice la redazione. Infatti l'articolo 1151 dispone: *qualunque fatto* dell'uomo che arreca *danno* ad altri, obbliga quello *per colpa del quale è avvenuto* a risarcire il danno. Il legislatore omette di dichiarare che il fatto deve essere *illecito*, cioè proibito dalla legge perchè viola l'altrui diritto; adopera poi la locuzione: *per colpa del quale è avvenuto,* per indicare che deve essere *imputabile* al suo autore, imputabile o a *dolo* o a *colpa;* onde la voce *colpa* è adoperata dal legislatore nostro nel senso più lato della parola, nel quale comprende tanto la malvagia volontà (*do-*

voce derivi da *delinquere*, sincope di *derelinquere*, e *malefizio* (*maleficium*), voce usata come sinonimo di delitto, esprime la stessa idea, indicando fatto malo, azione ingiusta. Nella sua tecnica accezione, per delitto s'intende: *un fatto colpevole dell'uomo, che viola l'altrui diritto, onde contrae l'obbligo di risarcire il danno, e di subire la pena.* Diciamo un fatto colpevole, per esprimere che l'agente deve essere stato in *culpa*, nel senso più lato della parola, nel quale comprende tanto la malvagia volontà (*dolus*), quanto l'imprevidenza (*culpa* nel senso più limitato). Aggiungiamo, che quel fatto deve *violare l'altrui diritto*, per dimostrare che non vi ha delitto *sine injuria*, quando cioè, l'autore del fatto aveva diritto di eseguirlo. Terminiamo col dire, che le conseguenze giuridiche del delitto sono, il risarcimento del danno, ed una pena, e vogliamo così distinguere l'obbligazione, che ha il delinquente di risarcire il danno patrimoniale risentito dalla per-

lus) quanto l'imprudenza o imprevidenza (*culpa*). In sostanza per altro il legislatore ha voluto significare che non commette delitto *qui jure suo utitur*, e che chi reca *imputabilmente* danno ad altri deve risarcirlo, ed è reo di delitto *civile*.

L'articolo 1152 aggiunge: ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un *fatto proprio*, ma ancora per propria *negligenza* o *imprudenza*. Il contrapposto del *fatto proprio* è il fatto *altrui*, il contrapposto della *negligenza* o *imprudenza* (ossia della *culpa*) è il *dolo*; dunque l'articolo 1152 si esprime inesattamente quando contrappone il *fatto proprio* alla *negligenza*, od *all'imprudenza*. Noi crediamo per altro che il legislatore, sebbene esprimendosi malamente, abbia inteso di significare, che si è imputabile di delitto non solo per un *fatto positivo*, commissione (che il legislatore impropriamente chiama *fatto proprio*) ma ancora per un *fatto negativo*, omissione (che il legislatore inesattamente indica parlando di *negligenza*, di *imprudenza*, ossia di *colpa*); mentre è evidente che tanto il dolo quanto la colpa possono manifestarsi sì per omissione di fare ciò che si doveva e poteva, come per commissioni.

Oltre i delitti il Codice contempla anche i quasi delitti quali causa di obbligazione (vedi gli articoli 1153 a 1155) ma di questi ultimi noi ci riserbiamo a trattare nella nota al § 497.

Per l'articolo 1156 del Codice, se il delitto o quasi delitto è imputabile a *più persone*, queste sono tenute *in solido* al risarcimento del danno cagionato. Laonde il risarcimento operato da una, libera le altre verso il creditore (art. 1186), salvo per altro il regresso fra loro.

Rimandiamo al Codice penale per le nozioni odierne del furto, e degli altri delitti ricordati nel testo alle presenti note.

Vogliamo tuttavolta avvertire, che per l'articolo 1348, n° 1, la prova testimoniale è ammessa in materia di obbligazioni nascenti da delitto o quasi delitto, qualunque sia l'importanza del danno cagionato.

Per l'articolo 1289, n° 1, non si ammette compensazione quando si tratta di domanda per la restituzione della cosa, di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato.

La proprietà della cosa rubata non può essere acquistata dal ladro che con la *prescrizione trentennale*; può essere acquistata *da un terzo*, compratore di *buona fede*, in *due anni* (art. 2146) perocchè dopo due anni cessi il diritto del proprietario di rivendicarla presso tal compratore di buona fede (vedi art. 708, e 709).

sona, che fu vittima del delitto, dall'obbligazione di sottostare ad un male, che la legge infligge ai delinquenti. Nella legislazione Romana, la pena può essere *pubblica* o *privata*. Quella è inflitta unicamente nel pubblico interesse, cioè per conseguire la conservazione dell'ordine giuridico, e non ridonda a vantaggio patrimoniale dell'offeso; questa è pecuniaria, consiste cioè in una somma di danaro, che è ordinariamente un multiplo del danno arrecato (come il duplo, il triplo, il quadruplo), e che deve essere pagata alla persona obietto del delitto. *Delitti pubblici* si appellano quelli, che sono colpiti da una pena pubblica: *privati*, quelli colpiti da una pena privata. Ogni cittadino poteva a Roma accusare l'autore di un delitto pubblico, e cotale accusa dava luogo ad un processo, dinanzi ad un collegio di giudici, presieduto dal Pretore, sostituito all'antico *comitiatus maximus*, ove giudicavano le Centurie. Soltanto la persona lesa aveva facoltà di accusare l'autore del delitto privato, ed il giudizio procedeva allora con le consuete forme proprie dei giudizii civili.[1] I delitti privati, giacchè dei pubblici non ci occupiamo come estranei al diritto civile, facendo sorgere nell'autore due obbligazioni: di risarcire il danno, e di subire la pena, davano vita a due azioni corrispondenti: l'*actio rei persecutoria*, l'*actio pœnalis*. L'*actio rei persecutoria* (*rei persequendæ causa comparata*), passava agli eredi della persona lesa, e poteva essere sperimentata contro gli eredi del delinquente defunto, l'*actio pœnalis* passava (eccettuato che nel delitto di ingiurie) agli eredi della persona lesa, ma non poteva essere intentata contro gli eredi del delinquente defunto (Gajo, IV, 112; fr. 111, § 1, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 1, *pr.*, *Dig. de priv. delict.*, XLVII, 1), ammenochè:

a) pel delitto del loro autore essi si fossero locupletati (fr. 38 e 127, *Dig. de reg. juris*, L, 17; *cost. un.*, *Cod. ex. delict. defunct.*, IV, 17), oppure,

b) l'azione non fosse già stata intentata contro il loro autore (fr. 33, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7; fr. 164, *Dig. de reg.*

[1] Questa distinzione fra delitti pubblici e privati, è estranea alla nostra Legislazione Penale. Tutti i delitti si perseguitano dal Pubblico Ministero, e la pena loro, è sempre una pena pubblica. Sennonchè vi sono delitti, che il Pubblico Ministero non può perseguitare senza esservi eccitato dalla querela dell'offeso. L'azione dal Pubblico Ministero intentata, è sempre ed esclusivamente pubblica e penale, l'azione civile in rifacimento dei danni, spetta soltanto alla parte lesa. Appena poi occorre dire che *pene private* sono *sconosciute* alla nostra legislazione.

juris, L, 17). I più autori di un delitto sono obbligati *in solidum*, ma il pagamento eseguito da uno fra loro, estingue di fronte agli altri l'*actio rei persecutoria* (fr. 14, § 15; fr. 15, *Dig. quod metus causa*, IV, 2; *cost.* 1, *Cod de condict. furt.*, IV, 8), perocchè risarcito che sia il danno da uno, non si può esigere nulla dagli altri; mentre non estingue l'azione penale: attalchè l'offeso può ottenere separatamente da ognuno dei coautori del delitto perpetrato a suo carico l'intiera pena; in altri termini il pagamento, che di questa faccia l'uno di essi, non estingue l'obbligo di pagarla in ciascheduno degli altri perocchè tutti sieno colpevoli (fr. 34, *Dig. de injuriis*, XLVII, 10; fr. 55, § 1, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7).

§ 465. Nelle Istituzioni di Gajo e di Giustiniano, sono enumerati come principali, quattro delitti privati; si ricordano cioè quattro casi, in cui nascono *obbligationes ex delicto*: e sono il furto, la rapina, il danno dato con ingiuria, le ingiurie.

1° Furto (*Furtum*).

(*Instit.*, lib. IV, tit. 1, *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur*. *Dig.*, lib. XLVII, tit. 2, *de furtis*; *Cod.* lib. IV, tit. 2, *de furtis et servo corrupto*.)

§ 466. Il furto (*furtum*, voce probabilmente derivata da *auferre*, portar via, sottrarre) è definito nelle nostre Fonti: *Contrectatio rei fraudolosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere* (fr. 1, § 3, *Dig. de furtis*, XLVII, 2; *Instit.*, § 1, *de oblig. quæ ex del.*). *Contrectatio*, propriamente significa maneggiamento, ma per traslato, *sottrazione*; e senza questa sottrazione non vi ha furto, come non vi ha senza l'intenzione di fare ingiustamente un lucro a pregiudizio altrui, (*lucri faciendi gratia, animus furandi*). *Furtum, sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur* (fr. 3, § 18, *Dig. de acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2), e del pari: *sine affectu furandi, furtum non committitur* (*Instit.*, § 7, *de oblig. quæ ex del.*, IV, 1). Quindi è, che non si fa reo di furto chi sottrae altrui una cosa nell'opinione di aver diritto di farlo, (*Instit.*, § 7, *de obl. ex del.*, IV, 1; fr. 46, § 7; fr. 76 *pr.*, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). Il furto in diritto Romano può avere

per obietto, o la cosa, od il possesso della medesima, o l'uso (*ipsius rei, vel usus ejus, possessionisve*).

1° *La cosa* (*ipsius rei*), mentre nell'antico diritto si riteneva possibile il furto eziandio sopra cose immobili (GAJO, II, 51), in seguito prevalse il principio, che soltanto le cose mobili potessero esserne obietto, come le sole sulle quali può concepirsi *contrectatio* (fr. 25, *Dig. de furtis* XVLII, 2). La legislazione di Roma riconosce non soltanto un furto della cosa *altrui*, (*furtum alienæ rei*), ma ancora della *cosa propria* (*furtum suæ rei*).

a) Il furto della *cosa altrui* è facilmente concepibile senza spiegazioni; esso è consumato appena esiste la *contrectatio* di una cosa a pregiudizio del proprietario della medesima, operata da chi non ha diritto, ed eseguita *lucri faciendi gratia*. Esiste *contrectatio* quando la fisica disponibilità della cosa, è tolta al proprietario; ma può avvenire che l'atto col quale il furto si commette, sia distinto dall'atto che toglie la cosa alla fisica disponibilità del proprietario. Esempigrazia chi in mala fede si impadronisce *lucri faciendi gratia* di cose altrui smarrite, o gettate ma senza animo di abbandonarle, commette furto, sebbene il proprietario di quelle ne avesse, prima di quel prendimento, perduto la fisica disponibilità (*Instit.*, § 48, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 43, § 4; 11, *Dig. de furtis*, XLVII, 2, fr. 9, § 8; fr. 31, § 1; fr. 44, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1). I detentori di una cosa altrui, commettono furto ricusandone dolosamente e *lucri faciendi gratia*, la restituzione alle persone, che l'hanno affidata loro, e la richiedono (fr. 29 *pr.*; *Dig. depositi*, XVI, 8; fr. 22, § 7, *Dig. mandati*, XVII, 1; fr. 1, § 22, *Dig. de tut. act.*, XXVII, 3; fr. 3, § 18, *Dig. de acq. poss.* XLI, 2; fr. 1, § 2; fr. 33; fr. 43 *pr.*, § 1, fr. 46, § 6; fr. 52, § 7; fr. 67 *pr.*; fr. 71 *pr.*; fr. 75, *Dig. de furtis.*, XLVII, 2).

b) Furto della *cosa propria*, si commette quando il proprietario la sottrae a chi ha diritto di detenerla, p. e., se il debitore sottrae al creditore pignoratizio la cosa, che gli ha dato in pegno (*Instit.*, § 10, 14, *de oblig. quæ ex del. nasc.*, IV, 1; fr. 19, § 5; fr. 20 *pr.*, § 1; fr. 53, § 4, *Dig. de furtis*, XLVII, 2.)

2° L'*uso*. Il furto di uso, è in diritto Romano, l'uso illegale che si faccia di una cosa mobile di cui si ha il possesso o la detenzione; il creditore pignoratizio, il commodatario, il depositario, potevano farsi colpevoli di questo furto (*Instit.*, § 7, *de obl. ex*

del., IV, 1; fr. 40; fr. 54 *pr.*; fr. 76 *pr.*, *Dig. de furtis*, XLVII, 2; fr. 16, *Dig. de condict. furt.*, XIII, 1). Il furto di uso potevasi commettere ancora sulla cosa propria, p. e., se il proprietario la prendeva in imprestito dal creditore, cui l'aveva data in pegno, ed arbitrariamente l'imprestava ad un terzo, mentre aveva asserito di volersene servire per sè (fr. 54, § 1, *Dig. de furtis*, XLVII, 2).

3° *Il possesso.* Il furto di possesso si commetteva, quando chi possedeva o deteneva una cosa mobile altrui, p. e., come creditore pignoratizio o qual commodatario, cambiava con un atto esterno (come sarebbe la denegazione, o il nascondimento) la causa del suo possesso, e cominciava a possedere qual padrone contro la massima: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (Teofilo, *paraf. Instit.*, al § 1, *h. t.*, IV, 1; fr. 33; fr. 46, § 6; fr. 52, § 7; fr. 67 *pr.*; fr. 71 *pr.*; fr. 73, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). Anche sulla cosa propria si può commettere furto di possesso (vedi fr. 59, *Dig. de furtis*).

§ 467. Fino dai tempi più remoti, i giureconsulti Romani distinguevano il furto, in manifesto (*manifestum*), e non manifesto (*nec manifestum*); per altro non erano concordi nell'assegnare gli estremi del furto manifesto (Gajo, III, 184; Paolo, II, 31, 2); ma prevalse l'opinione adottata poi dai compilatori delle Istituzioni imperiali, che avesse a dirsi manifesto il furto, quando l'autore fosse arrestato sul fatto, o sul luogo, con l'oggetto furtivo in dosso, od in mano, o almeno prima che fosse giunto al luogo ove divisava portarlo (*Instit.*, § 3, *de oblig. ex del.*, IV, 1; fr. 3, 4, 5, 7, 8, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). Non manifesto negli altri casi. La legge delle XII Tavole, mentre rilasciava alla convenzione delle parti la pena privata del furto (Gajo, IV, 37; fr. 7, § 15, *Dig. de pact.*, II, 14), ordinava che l'uomo libero autore di furto manifesto, fosse battuto con verghe, e consegnato come *addictus* al derubato (Gajo, III, 189), e che il servo colpevole dello stesso delitto, fosse precipitato dalla rupe Tarpeia. Il Pretore mitigò tanta severità, e nel suo Editto contro chiunque, o libero o servo, si fosse reso colpevole di furto manifesto, diede l'azione penale del quadruplo. Il furto non manifesto per la legge delle XII Tavole dava luogo ad un'azione pel duplo, ed il Pretore la conservò (Gajo, III, 190).

§ 468. Per la legge decemvirale, un furto poteva essere oc-

casione allo sperimento di due azioni diverse; l'*actio furti concepti*, o l'*actio furti oblati*; e per l'Editto del Pretore, all'esperimento dell'*actio furti prohibiti*, o dell'*actio furti non exhibiti*; azioni che derivavano dal modo col quale si faceva la perquisizione dell'oggetto furtivo.

a) L'*actio furti concepti* si sperimentava contro la persona in casa della quale era stata trovata la cosa furtiva, fosse stata o no quella persona l'autore del furto. Chi era stato vittima di un furto, e credeva che l'oggetto rubatogli, fosse in casa di una determinata persona, ove gliene fosse negato l'accesso domandato per ricercarla, poteva farne una perquisizione solenne. Doveva allora presentarsi nudo (*nudus*), ma con una cintura (*cinctus*), tenendo un piatto in mano (*lancem habens*), probabilmente per escludere così il sospetto, che egli avesse nascosto in dosso od in mano l'oggetto, che asseriva rubatogli, e che ricercava in casa altrui. Se dietro una perquisizione fatta in questa forma, l'oggetto era ritrovato, si diceva che vi era *furtum lance et licio conceptum*, e la persona in casa della quale l'oggetto era trovato, veniva condannata alla pena del *quadruplo*, come *fur manifestus*; ma se il padrone della casa non aveva ricusato che vi si entrasse a ricercare, senza formalità, l'obietto furtivo, o se quell'obietto vi era accidentalmente ritrovato, si diceva esistere *furtum conceptum* soltanto, ed il *triplo* ne era la pena (GAJO, III, 190, 191, 194).

b) L'*actio furti oblati* si sperimentava dal proprietario della casa, ove l'obietto furtivo era stato ritrovato, contro chi ve l'aveva posto a sua insaputa, o glielo aveva dato, con la scienza che era furtivo, e con l'intenzione di liberarsi dal pericolo che gli fosse trovato in casa sua (GAJO, III, 187).

c) L'*actio furti prohibiti*, che portava alla pena del quadruplo, fu dall'Editto del Pretore introdotta contro chi aveva frapposto ostacolo alla perquisizione, che dell'obietto furtivo in casa di lui volevasi fare alla presenza di testimoni, i quali (abolita dalla legge Ebuzia la perquisizione *lance licioque*) dovevano assistere alla ricerca dell'obietto furtivo (GAJO, III, 188, 192).

d) Finalmente l'*actio furti non exhibiti*, era data contro colui che non avesse ripresentato la cosa furtiva cercata e trovata presso di sè: *adversus eum, qui furtivam rem, apud se quæsitam et inventam, non exhibuit* (*Instit.*, § 4, *de obl. ex del.*, IV, 1). Que-

ste quattro azioni andarono in disuso, perchè le perquisizioni antiche non furono più adoprate, ed i ricettatori di cose furtive furono passibili dell'azione del furto non manifesto (*Instit., loc. cit.*; *cost.* 14, *Cod. de furtis et servo corrupto,* VI, 2).

§ 469. In gius Nuovo, gli effetti del furto sono:

1° L' obbligazione del ladro di restituire la cosa rubata con tutti i suoi accessori, e pertinenze, e di prestare nel caso che più non esistesse, il maggior valore raggiunto dalla medesima dopo la sottrazione (fr. 8 *pr.*, § 1, 2, *Dig. de condict. furt.,* XIII, 1).

2° La responsabilità in cui incorre il ladro a cagione di qualunque danno sofferto dalla cosa, ancora per caso fortuito, comunque potesse provare, che essa sarebbe perita eziandio se fosse rimasta in mano del derubato (fr. 8 *pr.*, § 1; fr. 16; fr. 20, *Dig. de condict. furt.,* XIII, 1; fr. 40 *pr.*, *Dig. de hered. petit.,* V, 3; fr. 50 *pr.*, *Dig. de furtis,* XLVII, 2; *cost.* 9, *Cod. de furtis,* VI, 2; *cost.* 2, *Cod. de condict. furt.,* IV, 8).

3° Due azioni, una *rei persecutoria,* detta *condictio furtiva,* l'altra *penale,* detta *actio furti.*

a) La *condictio furtiva* tende alla riparazione del danno (*Dig. de condict. furt.,* XIII, 1; *Cod. eod.,* IV, 8.) Spetta al proprietario dell' oggetto furtivo, ad esclusione di chiunque altro (fr. 1, *Dig. cond. furt.,* XIII, 1), perfino del creditore pignoratizio, al quale fosse stata rubata la cosa ricevuta in pegno; costui avrebbe un' azione analoga, sotto il titolo di *condictio incerti,* (fr. 12, § 2, *Dig. de cond. furt.;* fr. 22, *Dig. de pign. act.,* XIII, 7). Come azione *rei persecutoria,* la *condictio furtiva* tende ad ottenere la restituzione della cosa rubata *cum omni causa* (fr. 8, § 2; fr, 14, § 3, *Dig. de cond. furt.,* XIII, 1; fr. 52, § 14, *de furtis,* VII, 2), od il massimo valore raggiunto dalla medesima dopo il furto (fr. 3, 8, § 1; fr. 13, *Dig. de cond. furt.,* XIII, 1). Quest' azione si esercita contro l'autore del furto, e perfino contro i suoi eredi (*Instit.,* § 19, *de oblig. ex del.,* IV, 1; fr. 5, 7; § 2; fr. 9, *Dig. de cond. furt.,* XIII, 1).

b) L' *actio furti*, come azione penale, ha per iscopo una pena privata, che trattandosi di furto manifesto è il quadruplo del valore dell' oggetto rubato, e trattandosi di furto non manifesto, il duplo. E se dopo il furto, la cosa avesse aumentato di valore, la pena è il quadruplo od il duplo di questo aumentato valore (fr. 50 *pr.*, *Dig. de furtis,* XLVII, 2; *Instit.,* § 5, *de obl, ex del.,* IV, 1).

Tale azione può essere intentata dalla persona, che aveva maggiore e più legittimo interesse di ogni altro acciocchè il furto non fosse commesso (*Instit.*, § 15, *de obl. ex del.*, IV, 1; fr. 10; fr. 71, § 1; fr. 85, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). Generalmente è il proprietario, che ha quel maggiore e più legittimo interesse (fr. 80, *Dig. de furtis*, XLVII, 2), od il possessore di buona fede (*Instit.*, § 15, *de obl. ex del.*, IV, 1; fr. 12, § 1; fr. 52, § 10; fr. 74, *Dig. de furtis*, XLVII, 2), ma supposto che la cosa fosse stata consegnata dal proprietario nelle mani di persona obbligata alla custodia della medesima, come l'usufruttuario, il conduttore e simili, spetta allora ad essi, e non al proprietario, l'esercizio di siffatta azione; perchè hanno costoro più interesse di lui, che la cosa non sia rubata (*Instit.*, § 13, 15, *de obl. ex del.*, IV, 1; fr. 12 *pr.*; fr. 14, § 3, 16, fr. 53, § 3; fr, 85, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). L'*actio furti* si dirige contro gli autorì del furto, non già contro i loro eredi (fr. 1, *Dig. de priv. delict.*, XLVII, 1.) Si estende ai complici, che contribuirono al furto con l'opera e col consiglio (*ope et consilio*, fr. 53, § 2, *Dig. de verb. signif.*, L, 16), ed al ricettatore di cattiva fede (*Instit.*, § 3, 4 e 11, *de obl. ex del.*, IV, 1; fr. 6, *Dig. de cond. furt.*, XIII, 1; fr. 34; fr. 50, § 3; fr. 52, § 19; fr. 54, § 4, *Dig. de furtis.*, XLVII, 2). Costoro hanno l'obbligo di pagare il duplo. Quest' azione è infamante; non lo è la *condictio furtiva*. Appena occorre avvertire, che il proprietario derubato, invece della *condictio furtiva*, può intentare la *rei vindicatio* contro il ladro, come contro qualunque detentore della cosa sua, e perfino contro il possessore di buona fede, senza obbligo di indennità (*Instit.*, § 19, *de obl. ex del.*, IV, 1; *cost.* 2, *Cod. de furtis*, VI, 2). A quest' effetto basta che egli provi la sua proprietà, non importa che egli provi il furto. La *condictio furtiva*, e la *rei vindicatio*, essendo azioni tendenti allo stesso scopo, ed ambedue *rei persequendæ causa comparatæ*, non possono essere cumulate (fr. 8 *pr.*; fr. 10, 14, § 2. *Dig. de cond. furt.*, XIII, 1): l'esercizio dell'una estingue l'altra.

§ 470. Fra i coniugi il diritto Romano per non offendere il decoro del vincolo (fr. 1, 2, *Dig. de act. rer. amot.*, XXV, 2), non permette l'*actio furti*, ma ammette l'*actio rerum amotarum*, azione *rei persecutoria*, con la quale si ottiene la restituzione della cosa con i suoi accessorî e pertinenze, ed il risarcimento del danno risentito, che si liquida col giuramento estimatorio

(fr. 1; fr. 3, § 2, 3; fr. 8, § 1; fr. 17, § 2; fr. 21, §. 4; fr. 29, *Dig. de act. rer. amot.,* XXV, 2; *cost.* 2, *Cod. rerum amotarum,* V, 21). Quest'azione può essere intentata *direttamente*, se il furto fu commesso nell'espettativa di ottenere il divorzio (fr. 6, fr. 17 *pr.;* fr. 21, § 4, 5, *Dig. eod.,* XXV, 2); può essere intentata *utilmente,* se il furto fu commesso nell'espettativa della morte dell'altro coniuge (fr. 21 *pr., Dig. eod.*). L'*actio rerum amotarum,* spetta al coniuge derubato, contro l'altro che lo derubò; e contro gli eredi di esso lui (fr. 6, § 3, *Dig. eod.*); contro gli eredi se, e per quanto, risentirono locupletazione in conseguenza del furto del loro autore (fr. 3 *in f., Dig. eod.*). Eziandio fra i coniugi può essere intentata la *condictio furtiva,* e ciò per un furto commesso dall'uno a carico dell'altro, prima del matrimonio (fr. 3, § 2, *Dig. eod.*).

2° Rapina (*Vi bona rapta*).

(*Instit.,* lib, IV, tit. 2, *de vi bonorum raptorum; Dig.,* lib. XLVII, tit. 8, *de vi bonorum raptorum et de turba; Cod.,* lib. IX, tit. 33, *de vi bonorum raptorum.*)

§ 471. La rapina è: la *violenta ablazione della cosa mobile altrui, eseguita dolosamente, con animo di lucrare.* Le cose *mobili* soltanto, potevano essere obietto di rapina: sulle immobili potevasi commèttere una violenta invasione, che costituiva il *crimen vis*, (fr. 2, § 1, *Dig. h. t., cost.* 1, *Cod. h. t.,*); e le cose *altrui*, non le proprie, erano passibili di rapina; laonde chi riprendeva violentemente una cosa, che credeva appartenergli, o che realmente gli apparteneva, era sì punibile, ma non come autore del delitto in discorso, in lui mancando il dolo malo, che è un elemento di questo delitto (*Instit.*, § 1, *h. t.; cost.* 7, *Cod. unde vi,* VIII, 4). La rapina è un furto, commesso con violenza, ma pur sempre un furto; egli è perciò che le azioni proprie del furto, erano applicabili eziandio alla rapina (*Instit. pr., h. t.*). Quindi il reo di rapina era obbligato a restituire la cosa con tutti gli accessorî, ed era responsabile di qualunque danno la medesima avesse sofferto perfino per caso fortuito (fr. 8, § 1, *Dig. de condict. furt.,* XIII, 1). A questo era obbligato in conseguenza della *condictio furtiva,* che il proprietario avesse sperimentato.

Contro di lui poteva inoltre essere intentata l'*actio furti manifesti*, o *nec manifesti* dal proprietario, e da chiunque avesse avuto interesse che la cosa non fosse stata rubata (fr. 80, § 3, *Dig. de furtis*, XLVII, 2; fr. 1, *Dig. h. t.*, XLVII, 8; *Instit.*, § 2, *h. t.*, IV, 2). Il Pretore introdusse in seguito contro il rapitore una azione speciale detta *vi bonorum raptorum*, con la quale potè ottenersi il *quadruplo* del valore dell'oggetto rapito; se esercitata dentro l'anno dalla rapina, ed il *simplo* se dopo l'anno (fr. 2 *pr.*, *Dig. h. t.*, XLVII, 8; *Instit. pr.*, *h. t.*, IV, 2). Quest'azione era un'azione privata; invece di questa avrebbe potuto sperimentarsi da chi era stato passivo della rapina, un'azione pubblica criminale in forza della *lex Julia de vi privata*. Vi era dunque scelta fra queste due azioni (fr. 2, § 1, *Dig. h. t.*). L'azione *vi bonorum raptorum*, nelle compilazioni giustinianee apparisce come azione *mista*, cioè *insieme penale* e *rei persecutoria*; infatti con essa il *triplo* si esigeva a titolo di pena, il resto, cioè il *simplo*, era il valore dell'oggetto rapito (*Instit. pr.*, *h. t.*, IV, 2). Chi aveva sofferto la rapina, poteva scegliere fra le azioni proprie del furto, e questa dal Pretore introdotta (fr. 2, § 26, *Dig. h. t.*). Certamente se il rapimento era stato manifesto, l'*actio furti manifesti* era preferibile, perchè con essa si otteneva il quadruplo, e poi con la *condictio furtiva* il simplo; ma se manifesto non era stato quel rapimento, miglior consiglio era valersi dell'*actio vi bonorum raptorum*, perocchè mentre con l'*actio furti nec manifesti* si sarebbe potuto ottenere il *duplo*, e poi con la *condictio furtiva* il *simplo*, con l'*actio vi bonorum raptorum* si poteva conseguire il quadruplo, ove fosse intentata dentro l'anno. Vero è bene, che il quadruplo si calcolava sul vero valore della cosa rapita, e non sul danno (*quod interest*) risentito da chi era stato vittima della rapina (fr. 2, § 13, *Dig. h. t.*), e che l'erede del rapitore non poteva essere mai perseguitato con l'*actio vi bonorum raptorum*, attalchè contro di lui era esperibile soltanto la *condictio furtiva* (fr. 2, § 27, *Dig. h. t.*). Ma per altra parte si dava più facilmente l'*actio vi bonorum raptorum*, che l'*actio furti* (fr. 2, § 22, 23, 24, *Dig. h. t.*, XLVII, 8): la complicità era giudicata con regole più larghe, che nelle azioni del furto (fr. 2 *pr.*, § 2, *Dig. h. t.*; fr. 80, § 4, *Dig. de furtis*, XLVII, 2), e la procedura, sembra fosse più spedita (Cic., *Pro Tullio*, c. 10). Chi aveva intentato l'*actio vi bonorum raptorum* non poteva poi sperimen-

tare l'*actio furti manifesti*; ma chi prima aveva intentato l'*actio furti nec manifesti*, poteva intentare poi l'*actio vi bonorum raptorum*, per tutto quanto questa era più vantaggiosa di quella (fr. 1, *Dig. h. t.*).

§ 472. Abbiamo poco sopra detto per incidenza, che non avrebbe commesso rapina, chi violentemente avesse preso una cosa mobile od immobile, per errore di fatto reputandosene proprietario, e pensando per errore di diritto, essere lecito farsi ragione da sè (vedi il § antecedente, principio). La ragione fattasi per diritto Romano è delitto, e le sue conseguenze civili sono:

1° Che il creditore, il quale di proprio arbitrio, e senza fare ricorso ai mezzi giuridici, si sodisfa da sè, ancorchè non abbia adoperato costringimento verso la persona del debitore, è non solamente obbligato a restituire, ma in pena perde il suo credito (fr. 12, § 2; fr. 13, *Dig. quod metus causa,* IV, 2; fr. 7, *Dig. ad legem Juliam de vi privata,* XLVIII, 7).

2° Che quegli il quale sottrae a forza una cosa mobile, o toglie il possesso di una immobile al possessore, pretendendosene proprietario, se lo è realmente perde in pena la proprietà che passa nel possessore spogliato; se non lo è, deve restituire la cosa e di più pagarne anche il prezzo (*cost.* 7, *Cod. unde vi,* VIII, 4; *Instit. h. t.,* IV, 2 e § 6, *de interdictis,* IV, 15).

3° Danno dato con ingiuria (*Damnum injuria datum*).

(*Instit.,* lib. IV, tit. 3, *de lege Aquilia, Dig.*, lib. IX, tit. 2, *ad legem Aquiliam, Cod.,* lib. III, tit. 35, *de lege Aquilia.*)

473. *Damnum injuria datum* è: *qualunque diminuzione dell'altrui patrimonio, cagionata da un uomo, libero, con un fatto illecito e positivo.* Diciamo *diminuzione qualunque di patrimonio,* perocchè un male che altri ci arrechi, ma che non abbia conseguenze pregiudicevoli pel patrimonio nostro, non è *damnum datum;* aggiungiamo, che questo danno deve essere cagionato da un *uomo libero,* perchè il danno arrecato da un servo dicesi *noxa,* e quello arrecato da un animale *pauperies;* e le regole relative alle conseguenze di siffatti danni sono differenti, e saranno da noi spiegate altrove. Terminiamo col dire, che quel danno deve essere conseguenza di un fatto *illecito* e *positivo.* *a*) Di un fatto

illecito, cioè eseguito senza diritto, *nullo jure,* (onde la voce *injuria,* che significa qui ogni cosa fatta senza diritto, *quod non jure factum est* (*Instit.,* § 2, *h. t.;* fr. 5, § 1, *Dig. eod.*). Laonde non incorre in alcuna responsabilità, chi reca altrui nocumento con un atto, che ha diritto di fare (fr. 151, *Dig. de reg. juris* L, 17, *Instit.,* § 2, *h. t.*), come p. e., chi per necessità di una giusta difesa uccide l'ingiusto aggressore, ricorrendo insomma i termini del *moderamen inculpatæ tutelæ* (fr. 4, 5, 45, § 4; fr. 49, § 1, *Dig. h. t. Instit.* § 2, *eod.*). Non può dirsi *fatto illecito,* quello che fu conseguenza del caso fortuito, o di un evento di forza maggiore; esempigrazia il soldato, che traendo d'arco nel luogo e nel tempo a ciò destinati, uccide il servo che passa in quel luogo, non è reo di un fatto illecito (*Instit.,* § 3, *e* 4, *h. t.,* fr. 5; fr. 9, § 4). Del resto, è arrecato *injuria* il danno, derivi esso dall'intenzione di nuocere (*dolus*), o da disavvertenza (*culpa*) anche levissima, perocchè *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (fr. 44, *Dig. h. t.*)[1]

b) Il danno deve essere conseguenza ancora di un *fatto positivo,* perchè un *fatto negativo,* ossia un'omissione, di regola non è ingiusta ed illecita, se non quando l'omittente era per un legame giuridico obbligato a fare ciò che omise di fare (fr. 13, § 2, *Dig. de usufr.,* VII, 1; fr. 27, § 9, *Dig. h. t.*), ma allora quella omissione autorizza chi ne risentì pregiudizio, a sperimentare l'azione nascente dal contratto. L'omissione può fare responsabile taluno di danno dato con ingiuria, quando avendo in antecedenza eseguito un fatto, omise di eseguire quello che era necessario, affinchè quel fatto non riuscisse pregiudicevole, e così diede occasione al danno (fr. 8 *pr.*; fr. 27, § 9; fr. 30, § 3; fr. 44, § 1; fr. 45, *Dig. h. t.,* IX, 2).

§ 474. La legge Aquilia, che fu un plebiscito emanato sulla proposizione del tribuno Aquilio, l'anno 468 di Roma, prese a regolare il *damnum injuria datum,* derogando a tutte le leggi anteriori in proposito, non esclusa quella decemvirale (fr. 1 *pr.*, *Dig. h. t.*). Questa legge conteneva tre capitoli. Il *primo capitolo* disponeva, che quegli il quale avesse senza diritto (*injuria*) ucciso uno schiavo, od un quadrupede di quei che vanno sotto il titolo di bestiame (*pecus*) appartenente ad altri, fosse condannato

[1] Molti esempj di *culpa* punibile riscontransi nelle *Instit. Imp.* dal § 3 a 8 *h. t.* e nelle *Pand.* ai fr. 5, 6, 7, 8, 9, 10 *eod.*

a pagare al proprietario il maggior valore, che quel servo o quell'animale ebbero nell'anno antecedente all'uccisione (fr. 2 *pr.*, *Dig. h. t.*; *Instit. pr.*, § 1, *eod.*). La giurisprudenza interpretando questo capitolo stabilì, che non solamente si dovesse valutare il corpo che era perito, ma inoltre tutto il danno, che per la sua perdita aveva risentito il proprietario: laonde se fosse stato ucciso il cavallo di una pariglia, si dovesse valutare non soltanto il prezzo del cavallo morto, ma eziandio il deprezzamento di quello rimasto superstite (GAJO, III, § 212; *Instit.*, § 10, *h. t.*; fr. 23 *pr.*, e § 2; fr. 22, § 1, *Dig. eod.*). Il *secondo capitolo* della legge Aquilia, sappiamo dalle Istituzioni di Gajo (*Commentario*, III, § 215), essere stato relativo all'*adstipulator*, che in frode dello stipulante avesse liberato il debitore, rimettendogli il debito mediante l'accettilazione. Cessato l'uso degli *adstipulatores*, qnesto secondo capitolo andò in disuso, come appunto dicono le Istituzioni imperiali (§ 12, *h. t.*, ed il fr. 27, § 4, *ad legem Aquiliam*, IX, 2), tanto che senza il ritrovamento delle Istituzioni di Gajo, ne avremmo ignorato il disposto. Il *terzo capitolo* della legge Aquilia prendeva di mira *ogni altra specie di danno* cagionato con la distruzione o la lesione della cosa altrui, ed obbligava l'autore del medesimo a pagare il più alto valore, che la cosa avesse avuto negli ultimi 30 giorni. Era dunque applicabile a chi avesse *ferito* uno schiavo, o il *pecus* altrui, oppure *ucciso un animale, ma che non potesse chiamarsi pecus*, esempigrazia il cane altrui, od avesse *ustum, ruptum, aut fractum* qualunque cosa inanimata. Il participio passato *ruptum*, aveva un significato generalissimo dacchè esprimeva *corruptum*, e così qualunque specie di guasto o danneggiamento; e comprendeva quello arrecato stracciando, schiacciando, rompendo, bruciando, versando, disperdendo, distruggendo, o deteriorando anche per via di mescolamento di una sostanza con l'altra (GAJO, III, § 217; fr. *Instit.*, § 13, *h. t.*; fr. 27, § 5 e 15, *eod.*).

§ 475. La *lex Aquilia* contemplava: il danno che era stato cagionato *corpore et corpori* (*Instit.*, § 16, *h. t.*; fr. 51 *pr.*, *Dig. eod.*): *corpore*, cioè il danno proveniente direttamente dal corpo della persona del danneggiatore, che aveva fatto istrumento di danno le proprie membra, percuotendo con le medesime, o con un arme, o altro arnese (fr. 7, § 1, fr. 9 *pr.*, e § 1; fr. 11, § 5; fr. 29, § 2, *Dig. h. t.*). E per conseguenza, se taluno avesse te-

nuto chiuso lo schiavo altrui finchè non fosse morto di fame, o avesse spaventato l'altrui animale, che datosi alla fuga si fosse fracassato le membra cadendo in un precipizio, non ricorrevano i termini precisi della legge Aquilia (*Instit.*, § 16, *h. t.*; Gajo, III, 219; fr. 53, *Dig. h. t.*; fr. 4, *Dig. de servo corrupto*, XI, 3). Il danno doveva pure essere arrecato *corpori*, ad un corpo; era necessario che un corpo fosse stato leso, distrutto, o danneggiato; quindi se taluno avesse nuociuto ad altri, senza distruggere, nè danneggiare cosa o persona a costui appartenente (a mo' d'esempio, se gli avesse scatenato lo schiavo e fattolo fuggire, azione che non danneggiava cosa o persona, ma che arrecava un nocumento al proprietario); eziandio in tal caso, e nei consimili, non ricorrevano i termini della legge Aquilia (*Instit. h. t.*, § 16 *in f.*; fr. 33, *Dig. eod.*; fr. 7, *Dig. de dolo malo*, IV, 3). Ma la giurisprudenza, riconoscendo quanto sottile fosse la distinzione fra il danno arrecato *corpore et corpori*, ed il danno arrecato *corpori*, ma non *corpore*, ammise per questa seconda specie di danno, l'azione della legge Aquilia *utilmente*, cioè per analogia, per estensione (*Instit.*, § 16, *h. t.*; fr. 7, § 3; fr. 9; fr. 11, § 1, 5; fr. 29, § 7; fr. 30, § 3; fr. 53, *Dig. eod.*; fr. 15, § 1, *Dig. de præscr. verb.*, XIX, 5; fr. 2, § 20, *Dig. vi bon. rapt.*, XLVII, 8). Se poi il danno fosse stato cagionato, ma *nec corpore, nec corpori*, non erano assolutamente applicabili le disposizioni della legge Aquilia. Infatti nessun corpo essendo stato danneggiato o distrutto, non si verificava nè direttamente nè indirettamente la specie di danno contemplato da quella legge; allora se il fatto non fosse ricaduto sotto il titolo di un delitto speciale, (come di plagio, di corruzione di servo, e simili), si dava un' azione generale in *factum*, la quale suppliva alla mancanza di un' azione più speciale (fr. 7, § 6, *Dig. h. t.*). L'azione della legge Aquilia spettava al proprietario della cosa distrutta o danneggiata, ma in seguito il possessore di buona fede, il creditore pignoratizio, ed in generale le persone che avevano interesse alla conservazione della cosa, a cagione di un diritto patrimoniale reale sulla medesima, ebbero l'*actio utilis Aquiliæ* (fr. 11, § 8; fr. 17 *pr.*, *Dig. t. h.*; fr. 11, § 10; fr. 12; fr. 27 *pr.*, § 3; fr. 30, § 1, *Dig. eod.*). Coloro che hanno interesse alla conservazione della cosa in conseguenza di un vincolo obbligatorio, p. e. i compratori, non hanno l'*actio legis Aquiliæ* (fr. 11, § 7, *Dig. h. t.*), ma possono farsela cedere dal proprietario,

che doveva consegnare loro tal cosa. Queste tre azioni: *legis Aquiliæ, utilis Aquiliæ, in factum*, sebbene avessero un'origine differente, (in gius Antico, causa di diversità nella redazione della *formula*), in gius Nuovo differiscono soltanto nel nome. L'*azione legis Aquiliæ* è azione *mista*; infatti serve a far conseguire il risarcimento del danno arrecato, ed inoltre il più alto valore, che la cosa distrutta o deteriorata, ebbe nell'anno, o nei trenta giorni antecedenti al delitto. Se il colpevole nega il delitto, è condannato nel doppio: *lis inficiando, crescit in duplum* (*Instit.*, § 19, 26, *de actionibus*, IV, 6; fr. 2, § 1, *Dig. h. t.*; *cost.* 4, *Cod. eod.*). L'*actio legis Aquiliæ*, come azione *mista*, può essere intentata contro gli eredi del colpevole, ma soltanto *in quantum locupletiores facti sunt* (*Instit.*, § 9, *h. t.*; fr. 23, § 8, *Dig. eod.*). Qualora il danno fosse stato cagionato da più persone, che avessero agito di concerto, tutte sono responsabili, contro tutte può essere intentata l'*actio legis Aquiliæ*, e la condanna subìta dall'una, non libera le altre (fr. 11, § 2, 3, 4, *Dig. h. t.*). Può avvenire, che indipendentemente dall'*actio legis Aquiliæ*, il proprietario di una cosa, abbia ancora un'azione resultante da un vincolo obbligatorio, che l'univa con l'autore del danno: esempigrazia il locatore ha l'*actio locati*, se la cosa fu danneggiata dal conduttore. Allora il proprietario ha la scelta fra quelle due azioni; ma l'esercizio dell'una non è compatibile con quello dell'altra (fr. 7, § 8; fr. 27, *Dig. h. t.*); ciò nonostante se prescelse l'azione derivante dal contratto, può poi conseguire con l'*actio legis Aquiliæ* quel di più, che se avesse prima sperimentato quest'azione, avrebbe ottenuto (fr. 34, § 2, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7).

4° Delle Ingiurie (*De injuriis*).

(*Instit.*, lib. IV, tit. 4, *de injuriis*; *Dig.*, lib. XLVII, tit. 10, *de injuriis et famosis libellis*; *Cod.*, lib. IX, tit. 35, *de injuriis*.)

§ 476. Ulpiano nel fr. 1, *Dig. de injuriis et famosis libellis* (XLVII, 10), ci insegna che: *quod non jure fit, injuria fieri dicitur.* Ingiuria in generale significa dunque tuttociò che si fa senza diritto; ma in un significato più speciale, ingiuria esprime *contumelia; specialiter autem* (aggiunge quel giureconsulto, loc. cit.),

specialiter autem, injuria dicitur contumelia; contumelia, ossia oltraggio, offesa. È in questo secondo significato, che qui si parla delle ingiurie, ed è in esso che può dirsi, le ingiurie consistere *in qualunque fatto o detto, dolosamente diretto all' altrui contumelia.*

§ 477. L' ingiuria è: *qualunque fatto* o *detto:* di quì la distinzione fra ingiurie *reali,* ed ingiurie *verbali* (fr. 1, § 1, *Dig. h. t.*).

a) *Ingiurie verbali* sono quelle, consistenti in parole oltraggiose. Circostanza aggravante delle ingiurie verbali, è il *convocium* o *convicium,* il quale si verifica quando più voci infamanti si inalzano contemporaneamente a proferire parole di contumelia contro un cittadino, sia questo presente od assente (fr. 1, § 1; fr. 15, § 7 e 11, *Dig. h. t.*; Paolo, V, 4, 21; *Instit.* § 1, *h. t.*).

b) *Ingiurie reali* sono quelle nelle quali la contumelia deriva dal fatto, come quando si fa contumelia altrui, percuotendolo, od anche alzando le mani per percuoterlo, o cuoprendolo di mondiglia, o violando il suo domicilio, o contro il suo divieto entrando nel suo fondo (fr. 1, § 1; fr. 5 *pr.,* § 2; fr. 15, § 1, *Dig. h. t.*; fr. 1, § 1, *Dig. de extraord. crim.* XLVII, 11; fr. 21, § 7, *Dig. de furtis,* XLVII, 2), o esponendo alcuno all'altrui derisione con libelli infamanti, *carmina famosa,* o con scritture, od altri segni rappresentativi del pensiero ugualmente oltraggiosi (fr. 5, § 9 e seg.; fr. 6, *Dig. h. t.*), o seguitando vistosamente, sebbene in silenzio, una persona onesta, o attentando al suo pudore (Gajo, III, § 220; Paolo, V, 4, 1, 4 e 14; fr. 1, § 1, 2; fr. 15, § 15 e seg., *Dig. t. h.*). Sono ugualmente ingiurie reali l' insultare il convoio funebre, od il cadavere (fr. 1, § 4 e 6, *Dig. h. t.*), lo spezzare od il mutilare la statua del padre di colui che si vuole insultare (fr. 27, *Dig. h. t.*), l' impedire a taluno senza l'intenzione di commettere un' usurpazione, sibbene con l' animo d' ingiuriare, l'esercizio dei diritti che gli spettano, sia come privato, sia come cittadino, p. e., vietandogli di vendere le cose sue, di fare le sue raccolte, di usare degli oggetti che gli appartengono (fr. 25, *Dig. de act. emt.,* XIX, 1, fr. 13, § 7, *Dig. h. t.*), di pescare nel mare, di passare per una strada, di passeggiare, sedersi, o conversare su di una piazza pubblica, (fr. 13, § 7, *Dig. eod.*). Ingiuria reale è del pari il propinare a taluno una qualche sostanza esilarante, per renderlo oggetto di ludibrio nella procuratagli ebbrezza (fr. 15,

Dig. eod.). Il prendere possesso dei beni di un altro, quasi nostro debitore, l'interpellarlo o tradurlo dinanzi al tribunale come tale, sebbene sappiamo che debitore non è (fr. 15, § 33; fr. 13, § 3, *Dig. h. t.*; *Instit.*, § 1, *eod.*), il rivendicare quasi fosse un servo nostro, o l'arrestare come servo fuggitivo un uomo, che sappiamo essere libero (fr. 11, § 9; fr. 12 e fr. 22, *Dig. h. t.*; *cost.* 9, *Cod. eod.*): tutti questi fatti, ed altri analoghi, che occorrono citati nelle nostre Fonti, sono ingiurie, quando sieno eseguiti con l'intenzione di arrecare altrui infamia o contumelia. L'ingiuria è *semplice*, quando non è aggravata da nessuna circostanza, è *atroce* quando qualificata da qualche circostanza (fr. 7, § 8, *Dig. h. t.*):

a) di *fatto*, come se taluno fu percosso con verghe, o nel volto,

b) di *luogo*, come se l'ingiuria fu inferita in teatro, nel fóro, alla presenza del magistrato,

c di *persona*, come se l'ingiuria fu fatta ad un magistrato, ad un senatore da una persona di umile condizione, o ad un ascendente dal discendente, o al patrono dal liberto,

d) di *tempo*, come se l'ingiuria fu arrecata in un momento solenne, verbigrazia quando l'ingiuriato esercitava funzioni sacerdotali (*Instit.*, § 9, *h. t.*; Gajo, III, 225; Paolo, V, 4, 10; fr. 7; fr. 8; fr. 9, *Dig. h. t.*; *cost.* 4, *Cod. eod.*).

§ 478. Nel definire le ingiurie dicemmo che consistono in qualunque fatto o detto, diretto *dolosamente* all'altrui contumelia. Or bene, con l'avverbio *dolosamente* abbiamo voluto esprimere, che all'esistenza del delitto di ingiuria, è necessario nell'agente l'*animus injuriandi*; « cum enim injuria ex » affectu facientis consistat (fr. 3, § 1, *Dig. h. t.*). » Quindi non rispondono di ingiurie, i privi di volontà razionale, come gli infanti, ed i mentecatti, *injuriam potest facere nemo, nisi qui scit, se injuriam facere* (fr. 3, § 1, 2, *Dig. h. t.*); nè è reo di ingiuria chi offese altrui in un giuoco, in una giostra, o chi battè un uomo libero credendolo il proprio servo (fr. 3, § 3, 4; fr. 4, *Dig. h. t.*), o chi percosse *monendi et docendi causa*, o *ad correctionem*, quando abbia l'autorità di correggere, e serbi misura nella correzione (fr. 5, § 3, *Dig ad leg. Aquil.*, IX, 2; fr. 15, § 38, 39, *Dig. h. t.*). Responsabile di ingiurie è, non soltanto chi le inferì, ma ancora chi dolosamente le fece inferire (*Instit.*, § 11, *h. t.*; fr. 11 *pr.*, § 3, 6; fr. 15, § 8, 10 *Dig. h. t.*).

§ 479. Per ingiurie ha diritto di querelarsi, oltre che il cittadino direttamente colpito dalla contumelia, eziandio chi indirettamente venne a risentirla, per le sue relazioni di potestà o di affetto con la persona direttamente ingiuriata. Il *paterfamilias*, per questa ragione, può querelarsi per le ingiurie arrecate ai figli, ai servi, alla moglie, alla nuora, alla fidanzata (GAJO, III, 221, 222; *Instit.*, § 2, 3, *h. t.*; fr. 1, § 3 e 9; fr. 2; fr. 15, § 24, *Dig. h. t.*). Ma l'azione delle ingiurie intentata dal padre, dal marito, dallo sposo, è intentata per la contumelia che essi hanno indirettamente risentita, non per quella direttamente arrecata alle persone, che sono loro unite per vincoli di subiezione o di affetto, attalchè queste ultime persone hanno diritto di intentare esse pure l'azione delle ingiurie. Lo fanno da sè, òve possono stare sole in giudizio, altrimenti per mezzo della persona dalla quale dipendono. Laonde può accadere, che p. e., il padre, si faccia in due giudizi separati a vendicare l'ingiuria indirettamente inferitagli nella persona del figlio, e l'ingiuria direttamente sofferta dal figlio (fr. 11, § 2, *Dig. h. t.*). Obietto di ingiuria può essere qualunque persona libera, ancorchè non sia capace di valutarla: *pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest* (fr. 3, § 1 e 2, *Dig. h. t.*). Il servo non è personalmente obietto possibile di ingiuria, l'ingiuria ricade sul padrone, il quale solo può intentare l'azione relativa. Per l'Editto del Pretore il padrone, ed il padrone solo, poteva intentare un'azione speciale di ingiurie se il servo fosse stato torturato, o battuto, o ingiuriato anche senza animo di far contumelia al padrone (*Instit.*, § 3, *h. t.*; GAJO, III, 222; fr. 15, 35, 44 e 48, *Dig. h. t.*). Ove il servo appartenesse in comune a più comproprietari, ognuno di essi potrebbe intentare l'azione delle ingiurie (*Instit.*, § 4, *h, t.*); ma la può intentare il proprietario e non l'usufruttuario, nè il possessore di buona fede, ammenochè la ingiuria fosse stata diretta evidentemente contro questi ultimi (*Instit.*, § 5, 6, *h. t.*; fr. 15, § 47, *Dig. eod.*). L'ingiuria fatta all'uomo libero, che serve in buona fede, non può essere vendicata dal suo creduto padrone, se non nel caso che fosse stata commessa per fare contumelia a lui: in caso diverso l'azione spetta a quell'uomo libero (*Instit.*, § 6, *h. t.*; fr. 15, § 48, *Dig. eod.*),

§ 480. La legge decemvirale puniva i *carmina famosa* con la *magna capitis diminutio*, comminava la pena del taglione, (che

le parti potevano ridurre a pena pecuniaria, per accordo fra loro), alla rottura di un membro; una pena pecuniaria alla frattura di un osso (GAJO, III, 223, 224, *Instit.,* § 7, *h. t.*). Ma in seguito il Pretore permise alla persona ingiuriata, di stimare da sè la riparazione pecuniaria dovutagli. Il Pretore si riserbò la facoltà di moderare quella stima: ma ridottala ai termini di giustizia, dava un'*actio injuriarum æstimatoria*, con la quale l'ingiuriato otteneva la dovutagli indennità. Le pene comminate dalla legge decemvirale andarono in dissuetudine, e contro l'ingiuriatore, si potè intentare, o una persecuzione criminale straordinaria, o l'*actio æstimatoria,* introdotta dal Pretore (*Instit.,* § 10, *h. t.;* fr, 5, § 6 e 7; fr. 6 e 7, *Dig. eod.;* fr. 12, § 4, *Dig. de accusat.,* XLVIII, 2.). L'*actio injuriarum æstimatoria,* come azione pretoria, si prescriveva in un anno; poteva essere esercitata dal *paterfamilias* ancora per ingiurie inferite alle persone, che erano legate a lui per vincoli di subiezione o di affetto (GAJO, III, 221; PAOLO, V, 4, 3; *Instit.,* § 2, 3, *h. t.;* fr. 1, § 3 e 4; fr. 11, § 7; fr. 15, § 24; fr. 17, § 10, 16; fr. 18, § 4, 5; fr. 30 e 31, *Dig. h. t.*). Non spettava agli eredi dell'ingiuriato, nè poteva essere intentata contro gli eredi dell'ingiuriatore, perchè era una delle azioni *vindictam spirantes.* In caso di ingiurie reali, una *lex Cornelia* (forse la *lex Cornelia de sicariis*), permise di intentare contro l'autore delle medesime un'*actio injuriarum.* Quest'azione poteva essere sperimentata *ob eam rem quod se pulsatum, quis verberatumve, domumve suam vi introitum esse dicat.* (*Instit.,* § 8, *h. t.;* fr. 5, *Dig. eod.*) Tale azione era civile, e si prescriveva soltanto dopo 30 anni. Con la medesima si otteneva il pagamento di una pena, l'ammontare della quale era fissato dal giudice. Gli eredi dell'ingiuriato, non erano ammessi a sperimentarla, nè poteva essere sperimentata contro gli eredi dell'ingiuriatore (fr. 13 *pr., Dig. h. t.; Instit.,* § 1, *perpet. et temp. act.,* IV, 12), e competeva alla sola persona che direttamente aveva patito l'ingiuria (fr. 5 *pr., Dig. h. t.*). La *lex Cornelia* lasciò la scelta all'ingiuriato, o di sperimentare l'*actio injuriarum* per ottenere la condanna dello ingiuriatore alla pena privata, o di agire criminalmente per fargli infliggere una pena pubblica (fr. 5 *pr.,* § 6, 7; fr. 37, § 1, *Dig. h. t.;* PAOLO, V, 4, 8).

CAPITOLO III.

DELLE OBBLIGAZIONI DERIVANTI *ex variis causarum figuris.*

§ 481. Le obbligazioni, lo dicemmo (vedi sopra, § 259), derivano o da contratto, o da delitto, o da varie altre cause: *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (fr. 1, *Dig. de oblig. et act.,* XLIV, 7). Vero è bene, che il diritto Romano, nel suo primitivo rigore, riconobbe come causa di obbligazione soltanto i *contratti* ed i *delitti;* ma quando la giurisprudenza ammise altre cause di obbligazione, che non erano nè contratti nè delitti, disse che erano imitazioni o figure svariate di quelle (*variæ causarum figuræ*). Se presentavano una certa analogia coi contratti o coi delitti, disse che l'obbligazione nasceva come da un contratto, *quasi ex contractu,* o come da un delitto, *quasi ex delicto,* (onde per brevità derivarono le locuzioni *quasi-contratto*, *quasi-delitto*), se poi quelle cause non avevano nessuna analogia nè coi contratti nè coi delitti, le chiamò *variæ causarum figuræ*, in un senso più speciale.

I. DE OBLIGATIONIBUS QUASI EX CONTRACTU.[1]

(*Instit.,* lib. III, tit. 27, *de obligationibus quasi ex contractu.*)

§ 482. I quasi-contratti non esistono per accordo di volontà, per consenso delle parti; attalchè veri e propri contratti non sono: per altra parte non avendo nulla di illecito, non sono delitti; e non rassomigliando ai delitti, non possono neppure dirsi quasi delitti; presentando invece tutti analogia con un qualche contratto, si dicono quasi-contratti. Il fatto è l'origine del vin-

[1] L'articolo 1140 definisce il *quasi contratto,* come un fatto volontario e lecito, dal quale resulta una obbligazione verso un terzo, od una obbligazione reciproca fra le parti. A questa definizione manca l'espressione della causa per la quale dal fatto volontario o lecito nasce il vincolo obbligatorio, causa che è l'*equità*, la quale esige sia ristabilita l'*uguaglianza alterata.*

Il Codice fra i quasi contratti parla soltanto della *gestione degli affari altrui*, e del *pagamento dell indebito*. Tace della *comunione incidentale*, perchè della comunione in genere tratta in un titolo separato (titolo 4, lib. 2°) nel quale sono dichiarati i principii applicabili ad ogni maniera di comunione.

colo di gius nelle obbligazioni *quasi ex contractu*, fatto intervenuto in tali circostanze, che avrebbe dovuto essere causa di obbligazione, se nelle circostanze medesime il consenso espresso delle parti fosse stato possibile, e non fosse stato impedito o dall'assenza, o dalla mancanza di intelletto, o da errore. Il vincolo obbligatorio, ripetiamolo, nasce dunque dal fatto, e non dal consenso: ma il fatto è tale, che volendo rispettati i principii della giustizia e della equità, è giuoco forza ritenerlo come causa di obbligazione. Nelle nostre Fonti si esprime questo concetto col dire, che l'obbligazione nasce *ex re*, ossia dal fatto, e che nasce *utilitatis, æquitatis causa* (fr. 5 *pr.*; fr. 46, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7), ossia a cagione di *utilità risentita*, attalchè l'*equità è causa* di un'obbligazione in chi risentì quell'utile, verso chi glielo procurò. A torto alcuni scrittori assegnano il consenso *presunto*, qual causa del vincolo obbligatorio nei quasi contratti; ed in vero ciò non è detto nelle Fonti nostre in luogo alcuno, ed inoltre in certi fatti il consenso non si potrebbe presumere, eppure il vincolo obbligatorio esiste. Nel testo non occorre definizione dei quasi contratti, e facile non è definirli; tuttavolta ci sembra, che possono definirsi: *fatti leciti, pei quali, tanto chi li eseguisce scientemente, quanto chi li eseguisce inscientemente, rimane obbligato a cagione di utilità e di equità.* Noi con le Istituzioni imperiali annoveriamo fra i quasi contratti:

A) la gestione di affari (*negotiorum gestio*),

B) la comunione incidentale (*communio incidens*),

C) il pagamento dell'indebito (*indebiti solutio*),

D) l'amministrazione della tutela e della cura (*tutelæ vel curæ gestio*),

E) l'adizione dell'eredità (*hereditatis aditio*),

A) *Negotiorum gestio.* [1]

(*Dig.*, lib. III, tit. 5, *de negotiis gestis*, *Cod.*, lib. II, tit. 19, *de negotiis gestis.*)

§ 483. *È un quasi contratto pel quale taluno* (*negotiorum gestor*) *tratta gli affari stragiudiciali di un altro* (*dominus rei ge-*

[1] La definizione che del gestore di negozi, o affari altrui, emerge dall'articolo 1141 è simile alla romana; ivi infatti si dice: quegli che *volontariamente*

stæ, dominus negotiationis) *senza averne ricevuto mandato, anzi ad insaputa di lui.*

Condizioni all' esistenza della *negotiorum gestio*, sono:

1° Che siasi impreso a trattare gli affari stragiudiciali altrui.

2° Che abbiasi avuto l'intenzione di obbligare il *dominus rei gestæ.*

3° Che non siasi avuto commissione espressa, o tacita di trattare quelli affari.

4° Che non vi fosse proibizione di trattarli.

5° Che la gestione sia stata impresa in circostanze in cui fosse utile.

1) Affinchè esista *negotiorum gestio* è necessario, che siasi impreso a trattare affari *stragiudiciali*, giacchè chi assume la

si assume un affare altrui, contrae l' obbligazione di continuare la gestione cominciata, e di condurla a termine, sino a che l' interessato non sia in grado di provvedervi da sè stesso; e deve altresì soggiacere a tutte le conseguenze del medesimo affare, ed a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un mandato avuto dall' interessato. Questa definizione per altro non esprime che la gestione di negozi deve *avvenire all' insaputa del proprietario*, e perciò sembra confondere il mandato *tacito* con la *gestione*, o almeno nella gestione comprendere eziandio il mandato tacito. Per altro, l' abbiamo detto, il Codice conosce ed ammette un mandato tacito (vedi art. 1738).

Poche ed incomplete sono le regole che il Codice detta sulla gestione. Infatti si limita ad accennare i seguenti obblighi del gestore:

1° Continuare la gestione ancorchè l' interessato (*dominus rei gestæ*) muoia prima che l' affare sia terminato, sino a che l' erede possa assumerne la direzione (art. 1142). È in peggiore condizione del mandatario il quale non è obbligato a terminare l' affare già cominciato al tempo della morte del mandante, se non nel caso che dal ritardo possa derivare pericolo (art. 1745, capoverso).

2° Usare nella sua amministrazione tutte le cure di un buon padre di famiglia. L' autorità giudiziaria può tuttavia moderare la valutazione dei danni, che fossero derivati da colpa o negligenza dell' amministratore, secondo le circostanze che lo hanno indotto ad assumere l' affare (art. 1143).

Di fronte a questi obblighi del gestore, il Codice pone gli obblighi dell' *interessato*, giacchè così chiama il *dominus negotiationis.*

1° L' interessato deve (secondo l' articolo 1144) adempire le obbligazioni contratte in nome suo dall' amministratore.

2° Tenere indenne l' amministratore da quelle che ha personalmente assunto.

3° Rimborsarlo delle spese necessarie ed utili, con gli interessi, dal giorno in cui furono fatte.

Queste obbligazioni dell' interessato sono dal Codice dichiarate esistenti, ma sotto la condizione: *se l' affare fu bene amministrato* (cit. art. 1144).

Il Codice non fa parola del caso in cui taluno avesse amministrato gli affari di un altro, non soltanto *senza mandato*, ma inoltre *contro il divieto* dell' interessato. A noi parrebbe che presentandosi il caso, dovrebbero applicarsi i principii romani (*cost., ult. Cod. de negot. gest.*) ammenochè non si trattasse di un divieto stolto, irragionevole, o cagionato da ignoranza od errore.

Chi ha fatto spese funebri *secondo gli usi*, ha (per l' articolo 1956, n. 2) privilegio generale sui mobili del defunto per la cui salma fece le spese stesse. I Romani sperimentavano in questi casi l' *actio funeraria*, della quale nel testo alle presenti note si tratta al § 486.

trattazione di affari giudiciali di un altro, assente, è *difensore*, non *gestore* di negozi. E questi affari stragiudiciali debbono essere *altrui*, non propri. Chi tratta gli affari propri, sebbene creda trattare gli altrui, non dà vita a nessun vincolo obbligatorio: e chi crede di trattare affari esclusivamente altrui ma che in realtà sono in parte anche propri, dà vita ad una *negotiorum gestio* parziale, ossia limitata alla parte, che altri ha in quelli affari (fr. 6, § 4, *Dig. h. t.*). L' errore sulla persona i cui affari furono trattati, è indifferente; laonde se taluno credendo trattare gli affari di Tizio, tratta quelli di Cajo, dà sempre vita ad una *negotiorum gestio* (fr. 5, § 1; fr. 6, § 4, 9, 11; fr. 45, § 2; fr. 49, *Dig. h. t.*; fr. 14, § 1; fr. 29 *pr.*, *Dig. comm. divid.*, X, 3), ma ciò non avverrebbe se trattando gli affari altrui, avesse creduto trattare i propri (fr. 14, § 1, *Dig. comm. divid.*, X, 3; fr. 29 *pr.*, *Dig. eod.*; fr. 33, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6; fr. 14, *Dig. de doli mali except.*, XLIV, 4); allora egli non avrebbe, *per diritto Romano*, se non che un *jus retentionis*, che potrebbe far valere mediante l'*exceptio doli*. Ne vedemmo degli esempi in materia di accessione e di specificazione (vedi vol. I, lib. II, § 118. lett. b, § 121 e 124). In pratica peraltro venne considerato come un *negotiorum gestor*. Talvolta, oltre il proprietario degli affari trattati (*dominus rei gestæ*), rimane obbligato in conseguenza della *negotiorum gestio*, anche altra persona, che ne ha risentito vantaggio. Esempigrazia chi tratta gli affari di un pupillo, con l'intendimento di giovare non solo al pupillo, ma ancora al tutore, obbliga e l' uno e l' altro (fr. 6 *pr.*, *Dig. h. t.*); e chi tratta gli affari, che il proprietario aveva affidato ad un mandatario, obbliga tanto questo mandatario quanto quel proprietario (fr. 3, § *ult.*; fr. 4; fr. 21, § 3; fr. 28; fr, 46, § 1, *Dig. h. t.*; *cost.* 14, *Cod. eod.*), perocchè queste persone tutte risentono vantaggio dalla *negotiorum gestio*.

2) All'esistenza della *negotiorum gestio*, addimandasi in secondo luogo, che l'agente abbia inteso di obbligare il *dominus rei gestæ*; una gestione eseguita con l' intenzione di esercitare una liberalità, *donandi animo*, verso il *dominus rei gestæ*, non darebbe vita ad obbligazione in quest'ultimo (fr. 4; fr. 27, § 1; fr. 44, *Dig. h. t.*; *cost.* 11, 12, 13, 14, *Cod. eod.*). Ma quell'intenzione di donare, deve resultare evidente dalle circostanze del fatto; non si presume; infatti perfino le spese fatte per alimen-

tare prossimi congiunti, non si presumono commesse *donandi animo,* (fr. 34, *Dig. h. t.*). Quegli poi, che avesse impreso a trattare gli affari altrui, con bieco intendimento, *improbe, deprædandi causa,* non obbligherebbe il *dominus rei gestæ,* che dentro la misura dell' utilità procuratagli (fr. 6, § 3, *Dig. h. t.*).

3) Affinchè possa parlarsi di *negotiorum gestio,* l' agente non deve avere avuto commissione espressa o tacita di agire, perocchè se avesse avuto commissione espressa, esisterebbe mandato *espresso,* e se tacita, mandato *tacito.* (fr. 3, § 5; fr. 6 *pr.*; fr. 24, 41, *Dig. h. t.*; fr. 16, *Dig. de S. C. Maced.* XIV, 6; fr. 6, § 2; fr. 18, 53, *Dig. mandati,* XVII, 1; fr. 60, *Dig. de regulis juris,* L, 17; *cost.* 6, *Cod. eod.,* IV, 35). Ove l'agente avesse creduto avere un mandato, che effettivamente non aveva, esisterebbe *negotiorum gestio,* e non mandato (fr. 5, *Dig. h. t.*); lo stesso dicasi, se il mandato conferito fosse stato nullo (fr. 6, § 5; fr. 7; fr. 19 § 2; fr. 32, *Dig. h. t.*). La ratifica del *dominus rei gestæ,* non toglie il carattere di *negotiorum gestio* all' insieme dei fatti che l' hanno preceduta; lo toglie soltanto a quelli che la seguono (fr. 6, § 9, 10; fr. 9, *Dig. h. t.*; fr. 50 *pr., Dig. mandati,* XVII, 1).

4) Qualora il *dominus rei gestæ* si fosse opposto alla gestione, che altri avesse impreso a fare degli affari suoi, non rimarrebbe obbligato per cotale gestione proibita (fr. 8, § 3, *Dig. h. t.*; fr. 40, *Dig. mandati,* XVII, 1, *cost.* 24, *Cod. h. t.*). Imperocchè in tal caso non potendosi presumere, che il gerente avesse agito con animo di commettere un delitto, dovrebbesi per necessità presumere avesse agito con animo di donare. Nè si obietti, che il *dominus rei gestæ* avendo risentito un vantaggio, l' equità esige che indennizzi il gerente (fr. 206, *Dig. de reg. juris*), perocchè se il gerente risentì danno, lo deve imputare a sè: e quello non è un danno, che abbia risentito *injuria;* è un danno anzi, che deve soffrire, perchè conseguenza del suo agire *sine jure,* e con *injuria.*

5) Finalmente, all' effetto di obbligare il *dominus rei gestæ,* la gestione dev' essere stata impresa in circostanze nelle quali fosse utile. L' errore del gerente sull' utilità, non può supplire alla mancanza della utilità medesima; suppongasi, esempigrazia, che il gerente avesse fabbricato un' abitazione, della quale il *dominus* non avesse bisogno, e dalla quale non po-

tesse ricavare nessun vantaggio; sebbene il gerente avesse agito con l'opinione di fare l'utile del *dominus*, dovrebbe sopportare le conseguenze del suo errore: perocchè di regola non abbia ricorso contro il *dominus*, che fino alla misura del vantaggio risentito da quest'ultimo (fr. 25; fr. 31, § 1, *Dig. h. t.*). Tuttavolta se la gestione fosse stata impresa in circostanze nelle quali era utile, ma in seguito, quelle causalmente mutate, l'utilità fosse sparita, siccome utilità esistè, il *dominus* rimarrebbe obbligato. Verbigrazia, se il gestore si fosse fatto a restaurare un edifizio, che per vetustà minacciava rovina, dovrebbe essere rimborsato delle spese fatte a quell'uopo, comunque in seguito un terremoto avesse fatto rovinare l'edifizio (fr. 10, *Dig. h. t.*).

§ 484. Concorrendo le condizioni fin qui enumerate, la gestione obbliga tanto il *gestor* quanto il *dominus rei gestæ*, quand'anche quest'ultimo personalmente non fosse capace di obbligarsi, perchè, p. e., infante o furioso (fr 3, § 5 e 6, *Dig. h. t.*, fr. 46, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7). Ma il gerente non si obbliga se non ha capacità giuridica alle obbligazioni (fr. 3, § 4, *Dig. h. t.*). La ragione dell'obbligazione del *dominus rei gestæ* è l'equità naturale, per cui si esige, che la persona la quale risentì una utilità, perchè altri trattò i suoi affari, sia vincolata a risarcire dei danni o rimborsare delle spese, che ebbe a soffrire chi operò quella trattazione. La ragione dell'obbligazione del *gestor*, è l'essersi mescolato spontaneo negli affari altrui; mescolarsi negli affari altrui è in generale una colpa: *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* (fr. 36, *Dig. de reg. juris*, L, 17), e sebbene in qualche caso possa riuscire di vantaggio ad altri, fa sempre contrarre delle responsabilità. La *negotiorum gestio*, non è un contratto, perchè manca la commissione espressa o tacita del *dominus rei gestæ*, ma è un quasi contratto, perchè produce effetti analoghi ad un contratto, e precisamente al contratto di mandato.

§ 485. È questo il luogo opportuno per esaminare cotali effetti, relativamente al *gestor*, ed al *dominus rei gestæ*.

A) *Relativamente al gestor*. Appena vi ha gestione di un affare altrui, e gestione senza mandato, il gestore è obbligato:

1° A condurre a termine gli affari dei quali cominciò la gestione, nonostante che il *dominus rei gestæ* venisse a morire prima del compimento della medesima (fr. 21, § 2, *Dig. h. t.*). E ciò

a differenza del mandatario, il quale con la morte del mandante, desiste dalle sue funzioni. La ragione di cotal differenza è facile a intendersi: il mandato si fonda sulla fiducia, cosa tutta personale; la gestione degli affari si fonda sulla utilità risentita, la quale può essere risentita anche dagli eredi del *dominus rei gestæ.*

2° Il gestore deve adoperare nella gestione tutta la diligenza di un diligente padre di famiglia; è responsabile di qualunque colpa anche leve (*Instit.,* § 1, *de obl. quasi ex contr.,* III, 27; *cost.* 20, *Cod. h. t.*), Questa grave responsabilità è imposta pel sospetto che desta lo spontaneo sobbarcarsi agli affari altrui, ed è un ragionevole rigore verso chi si mostra fiducioso nella propria abilità, e nel suo saper fare (vedi sopra, § 248, n° 1). Ma se taluno prese a trattare gli affari di un altro, per necessità, o per salvare una qualche cosa da un danno o da una perdita inevitabile, a mo' di esempio, se fu preso a restaurare un edifizio rovinoso, allora quel *negotiorum gestor* è responsabile soltanto della colpa lata (fr. 3, § 9, *Dig. h. t.*). Il gestore risponde invece, perfino del caso fortuito, ove abbia impreso speculazioni molto arrisicate, insolite pel *dominus rei gestæ* (fr. 11, *Dig. h. t.*), verbigrazia se col danaro di lui, fece costruire una nave, la impiegò nel commercio dei grani, e questa perì in un naufragio, mentre il *dominus* non si era mai occupato di costruzioni navali, nè di commercio marittimo.

3° Il gestore è obbligato a render conto, ed a restituire al proprietario tutto quanto ritirò per conto di lui, insieme coi frutti e gli interessi (*Instit.,* § 1, *de oblig. quæ quasi ex contr.,* III, 26; fr. 2; fr. 6, § 12; fr. 31, § 3; fr. 38, *Dig. h. t.*). Il gestore, che si è incaricato di più affari, ha facoltà di compensare i lucri derivanti da un affare, con le perdite che sono derivate da un affare diverso (fr. 11, *Dig. h. t.*); e se constasse, che eziandio senza il suo intervento si sarebbe verificata una perdita, egli non ne risponderebbe (fr. 13; fr. 22, *Dig. h. t.*). Il gestore, debitore personale del *dominus,* deve le usure ordinarie dal dì della scadenza del debito, quand'anche questo fosse infruttifero, ma dovrebbe le usure più elevate possibili, se avesse impiegato a proprio vantaggio i danari di quello (fr. 6; fr. 38, *Dig. h. t.*). Di tutte queste obbligazioni del *gestor,* il *dominus rei gestæ* ottiene l'esecuzione, sperimentando *l' actio negotiorum gestorum directa* (*Instit.* § 1, *de obl. quæ quasi ex contr.,* III, 27).

B) *Relativamente al dominus rei gestæ*. Allorquando il gestore intese di obbligare *il dominus*, imprese utilmente la gestione, ed *il dominus* non la inibì, gli obblighi di quest'ultimo sono i seguenti:

1° Liberare il gerente dalle obbligazioni, contratte, per vantaggio di lui *dominus* (fr. 2; fr. 40, *Dig. h.t.*), 2° rimborsarlo delle spese che costui ha dovuto fare per la gestione (fr. 2; fr. 45, *Dig. h. t. cost.* 3, 10, 15, *Cod. eod.*), e pagargli le usure del danaro che di proprio nella medesima avesse impiegato (fr. 19, § 4, *Dig. h. t. cost.* 18, *Cod. eod.*, fr. 37, *Dig. de usuris*, XXII, 1, *cost.* 24, *Cod. eod.*, IV, 32). Questi obblighi esistono nel *dominus rei gestæ*, ancorquando il caso avesse fatto svanire l'utilità della gestione (fr. 10, § 1; fr. 12, § 2; fr. 13; fr. 22; fr. 31 *pr.*, fr. 37, § 1, *Dig. h. t.*). Tuttavolta vuolsi ritenere, che il gestore non può reclamare, se non che quello di cui il *dominus* si è locupletato per la gestione, quando il *dominus* era incapace di obbligarsi, e quando il gestore aveva intenzione di fare un guadagno per sè, o di recare un danno al *dominus* (fr. 6, § 3, *Dig. h. t.*). Il gestore ha l'*actio negotiorum gestorum contraria* per costringere il *dominus*, all'esecuzione di queste sue obbligazioni (*Instit.*, § 1, *de obl. quæ ex quasi contr.*, III, 27).

§ 486. Una specie particolare di gestione di affari è la spontanea cura, che taluno si prende dei funerali, e della tumulazione di un defunto (vedi *Dig.*, lib. XI, tit. 7, *de religiosis et sumptibus funerum* e *Cod.*, lib. III, tit. 44, *eod.* tit.). Quegli che si prende siffatta cura, ha l'*actio funeraria*, per ripetere da chi era obbligato a tali uffici pietosi, ciò che ha speso a quell'uopo. Le seguenti sono condizioni all'esperimento di quest'azione:

a) che la persona, la quale ordinò quei funerali e quell'interramento, lo facesse con animo di rivalersi della spesa, contro chi di ragione (fr. 14, § 7; fr. 27, § 1, *Dig. h. t.*).

b) che i funerali e la tumulazione, fossero proporzionati e addicevoli alla condizione del trapassato, e per conseguenza nè soverchiamente sfarzosi, nè modesti troppo (fr. 12, § 5; fr. 14, § 5, 6, 10, *Dig. de religiosis et sumpt. fun.*, XI, 7).

c) che non vi sia altra azione per ottenere il rimborso di quelle spese (fr. 14, § 12, 15, *Dig. eod.*). La persona cui spetta l'*actio funeraria*, ha prelazione su tutti i creditori, vale a dire, deve essere pagata a preferenza degli altri creditori, abbenchè

privilegiati (fr. 45, *Dig. de relig. et sumpt. fun.*, XI, 7). Quest' azione può essere intentata eziandio nel caso in cui chi aveva obbligo di fare quei funerali e quell'interramento, non solo non li avesse fatti, ma si fosse opposto acciocchè altri rendesse quest' ultimo tributo di pia onoranza alla spoglia mortale del trapassato (fr. 14, § 13, 17, *Dig. de relig. et sumpt. fun.*, XI, 7).

B) *Communio Incidens.*[1]

(*Dig.*, lib. X, tit. I, *finium regundorum*, tit. 2, *familiæ erciscundæ* tit. 3, *comuni dividundo; Cod.*, lib. III, tit. 36, *familiæ erciscundæ*, tit. 37, *communi dividundo*, tit. 38, *communia utriusque judicii*, tit. 39, *finium regundorum.*)

§ 487. La *communio incidens* è: un *quasi contratto fra due o più persone, accidentalmente unite fra loro per un vincolo, na-*

[1] Della comunione incidentale, il Codice non parla specialmente; tratta della comunione in genere. E noi qui riferiremo i principii in proposito, che ha compendiato nel titolo 4 del libro II.

L'articolo 673 esordisce col dichiarare che la comunione dei beni, in mancanza di convenzioni o disposizioni speciali, è regolata dalle norme seguenti:

1° Le quote dei partecipanti si *presumono eguali* fino alla prova in contrario.

2° Il concorso dei partecipanti tanto nei vantaggi quanto nei pesi della comunione, sarà proporzionato alle respettive quote (art. 674). Sono queste regole analoghe a quelle della Società.

3° Ciascun partecipante può servirsi delle cose comuni, purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall'uso, e non se ne serva contro l'interesse della comunione, o in modo che impedisca agli altri partecipanti di servirsene secondo il loro diritto (art. 675).

4° Uno dei partecipanti non può fare rinnovazioni nella cosa comune, ancorchè le pretenda vantaggiose a tutti, se gli altri non vi consentano (art. 677) Queste disposizioni contenute nei due articoli 675 e 677 vengono dal diritto Romano sanzionate; e noi le abbiamo esposte nel testo alle presenti note là dove trattiamo del *condominio* (vol. I, lib. 2, § 75).

5° Ciascun partecipante ha diritto di obbligare gli altri a contribuire con esso alle spese necessarie per la conservazione della cosa comune, salva a questi la facoltà di liberarsene coll' abbandono dei loro diritti di proprietà (art. 676).

6° Per l'amministrazione e pel miglioramento della cosa comune, le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti sono obbligatorie anche per la minorità dissenziente. Non vi è maggioranza, se non quando i voti che concorrono alla deliberazione, rappresentano la maggiore entità degli interessi che costituiscono l'oggetto della comunione. Se non si forma una maggioranza, o se le deliberazioni di essa resultano gravemente pregiudicevoli alla cosa comune, l'autorità giudiziaria può dare gli opportuni provvedimenti, ed anche nominare all'uopo un amministratore (art. 677). Disposizioni queste, che il diritto Romano sanzionava, ma pei corpi municipali (fr. 3 e 4, *Dig. quod cujusq. univ.*; fr. 19, *Dig. ad municipal.*; fr. 160, § 1, *Dig. de regulis juris*).

7° Ciascun partecipante ha la piena proprietà della sua quota e dei rela-

scente dall' avere a comune dei beni. La *communio incidens* può derivare dal caso, o da disposto di legge: o da liberalità di un terzo (*Instit.* § 27, 28, *de rer. divis.,* II, 1; *cost.* 34, § 2, *Cod. de donat.,* VIII, 54; fr. 2 *pr., Dig. fam. ercisc.,* X, 2; fr. 31, *Dig. pro socio,* XVII, 2). Dal *caso,* come se per accidente furono smarriti i confini, che limitavano i fondi di proprietari diversi; dal *disposto di legge,* come quando la legge chiama più persone ad una stessa eredità per parti intellettuali; da liberalità di un terzo, come se mediante donazione o legato, è lasciata a più persone una cosa stessa per parti intellettuali, o mediante testamento è

tivi utili o frutti. Egli può liberamente alienare, cedere o ipotecare tale quota ed anche sostituire altri nel godimento di essa, se non si tratti di diritti personali. Ma l' effetto dell' alienazione o dell' ipoteca, si limita a quella *porzione* che *verrà* a *spettare* al *partecipante* nella divisione (art. 679). Il diritto Romano annetteva un effetto diverso all' alienazione ed all' ipoteca, perchè nel diritto Romano, come diremo in seguito, la divisione è *attributiva* e *non dichiarativa* di proprietà; mentre pel Codice nostro è all' opposto *dichiarativa* e *non attributiva;* cioè ogni condividente pel Codice si reputa essere sempre stato proprietario della porzione che nella divisione gli viene assegnata, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà dei beni assegnati agli altri condividenti (vedi l' art. 1034 ed i fr. 6, § 8, *Dig. comm. divid.;* fr. 3, § *ult.*, *qui potior. in pign.*).

8° I creditori od i cessionari di un partecipante possono opporsi alla divisione a cui si proceda senza il loro intervento, e possono intervenirvi a proprie spese; ma non possono impugnare una divisione consumata, eccettuato il caso di frode o di divisione eseguita nonostante una formale opposizione, e salvo sempre ad essi l' esperimento delle ragioni del debitore o cedente (art. 680).

9° Nessuno può essere costretto a rimanere in comunione, e sempre se ne può dai partecipanti domandare lo scioglimento (art. 681, che sanziona così un principio, prettamente romano). Nondimeno è valido il patto che si debba rimanere in comunione per un tempo determinato, *non maggiore di 10 anni* (art. 681, capoverso 1°). Siffatto termine di 10 anni è di creazione del Codice. — L' autorità giudiziaria però ove gravi ed urgenti circostanze lo richiedano, può ordinare lo scioglimento della comunione anche prima del termine della comunione (art. 681, capoverso 2°).

10° Lo scioglimento della comunione non può essere domandato dai comproprietari di cose, che dividendosi cesserebbero di servire all' uso cui sono destinate. Così dispone l' articolo 683, che introduce un principio, per la forma generale con cui è concepito, forse pericoloso.

Del resto sono applicabili alle divisioni fra i partecipanti alla comunione, le regole concernenti le divisioni della eredità (art. 684) vedi la nota al § 777.

L' articolo 682, a questo titolo della comunione, contiene delle disposizioni speciali sulla reciprocità dei pascoli: « ivi » Nei territorii ove è stabilita la reciprocità dei pascoli, il proprietario che vuole recedere in tutto od in parte dalla comunione del pascolo deve farne la denunzia *un anno prima*, e al termine dell' anno perderà il diritto di pascolo nell' altrui fondo in proporzione del terreno che ha sottratto all' uso comune. Ove sorgesse controversia, provvederebbe il tribunale civile, ma la facoltà del recesso non può essere contraddetta, se non per grave ed evidente motivo di utilità generale del Comune in cui sono situati i terreni.

Le regole relative ai consorzi intesi alla derivazione ed uso dell' acque, o alla bonificazione e prosciugamenti dei terreni sono indicate nel Codice agli articoli 657 e seg.

lasciata una stessa eredità a più persone parimente per porzioni ideali. Laonde *communio incidens* può esistere relativamente:

a) ad una eredità comune fra più eredi.

b) ad una cosa, o più cose singole, comuni fra più comproprietari.

c) a più fondi limitrofi, appartenenti a proprietari diversi, ma dei quali fondi siensi smarriti gli antichi confini.

§ 488. Le relazioni fra i comunisti, derivanti dalla *communio incidens,* sono analoghe a quella fra i soci derivanti dalla società; se non che, la *communio incidens* non è un contratto: ed in vero non si stabilisce per consenso delle parti come la società, nè i comunisti si propongono di raggiungere un fine comune come i soci (vedi sopra, § 367). Tuttavolta, siccome dalla comunione *æquitatis, utilitatis causa,* nascono obblighi e diritti reciproci nei comunisti quasi, o come se fra loro fossero uniti per un contratto, si dice che la *communio incidens* è un quasi contratto.

§ 489. Allorquando una eredità, od una o più cose singole, sono comuni fra più persone, ogni coerede o condomino ha il diritto di intentare un' azione per ottenere lo scioglimento della comunanza. L' appartenere una cosa in comune a più, si considera dalla legge come un motivo di dissensioni e di litigi, quindi essa accorda il diritto ad ogni comunista di conseguire la divisione della cosa comune (fr. 8 *pr.*, *Dig. comm. divid.,* X, 3; *cost. ult., Cod. eod.*), e dichiara nullo il patto, col quale i comunisti si fossero obbligati a rimanere per sempre nella indivisione. Tutto al più, è lecito pattuire quella comunione, per un tempo determinato (fr. 14, § 2, *Dig. comm. divid.,* X, 2). Obblighi e diritti di ciascun comunista sono:

1° Dividere con gli altri i prodotti delle cose comuni; e principalmente i frutti, che solo ne ha ritratti, ed ogni maniera di guadagno provenutogli dalle cose comuni (fr. 19; fr. 44, § 2, 3; fr. 47; fr. 56, *Dig. fam. ercisc.,* X, 2; fr. 3; fr. 4, § 3, fr 6 *pr.,* § 2, 3; fr. 11; fr. 23, *Dig. comm. divid.,* X, 3).

2° Risarcire i danni cagionati per sua colpa alle cose od agli affari comuni (fr. 16, § 4; fr. 17; fr. 25, § 17, 18, *Dig. fam. ercisc.,* X, 2; fr. 3 *pr.,* fr. 8, § 2; fr. 20, *Dig. com. divid.,* X, 3), ma non è responsabile se non che per la mancanza di quella diligenza, che suole adoperare nelle cose proprie (fr. 25, § 16, *Dig. fam. ercisc.,* X, 2).

3° Ogni comunista ha poi diritto di essere rimborsato di ciò che ha speso, o pagato per gli affari comuni, e di essere risarcito dei danni sofferti per occasione dei medesimi (fr. 18, § 3, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 4, § 3; fr. 14, § 1; fr. 29 *pr.*, *Dig. com. divid.*, X, 3, *cost.* 18, § 1, *Cod. fam. ercisc.*, III, 36). Questi obblighi, che non derivano dalla volontà, ma che nascono *ex re*, *dal fatto* della comunione, e dall'equità naturale, la quale impone che chi ha risentito un utile pel fatto di un altro, debba eziandio risarcirlo dei danni o rimborsarlo delle spese, cui dovè sobbarcarsi per procurarglielo, e che niuno possa locupletarsi con altrui iattura, legano eziandio le persone, che per volontà loro non potrebbero obbligarsi, come i pupilli ed i furiosi (fr. 46, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7).

§ 490. Le stesse regole valgono in generale, per la confusione dei confini fra più proprietari limitrofi. Ognuno di questi ha facoltà di agire contro l'altro, per ottenere la riapposizione dei confini; ognuno è obbligato a render conto all'altro dei frutti indebitamente percetti, a riparare il danno cagionato per propria colpa, a pagare le usure: ma per altra parte, ognuno ha diritto di farsi rimborsare delle spese, fatte a favore dell'altro (fr. 4, § 1, 2, *Dig. fin. reg.*, X, 1, *cost.* 4, *cod. eod.*, IX, 39).

§ 491. Per sciogliere la comunione possono i comunisti procedere all'amichevole, e la *divisione convenzionale* fra loro stabilita vale e produce gli stessi effetti di un contratto (*cost.* 1, *Cod. com. utr. jud.*, III, 38). Ognuno di essi deve prestare all'altro garanzia in caso di evizione (fr. 10, § 2, *Dig. comm. divid.*, X, 3; fr. 66, § 3, *Dig. de evict.*, XXI, 2), e la loro divisione convenzionale può essere invalidata per le ragioni stesse, che invalidano le altre convenzioni tutte, (*cost.* 3, *Cod. comm. utr. jud.*, III, 38). Nell'impossibilità di concludere una divisione convenzionale, i comunisti hanno diritto di ottenerla *giudiciaria*.

A questo effetto adoperano le azioni dette divisorie (*actiones divisoriæ, judicia divisoria*), delle quali già furono altrove ricordati i nomi speciali, e che sono: l'*actio finium regundorum*, l'*actio familiæ erciscundæ*, l'*actio communi dividundo* (vedi vol. I, lib. 2, § 88). Con queste azioni, oltre che lo scioglimento della comunione, si ottiene ancora l'esecuzione delle obbligazioni che ne derivano.[1]

[1] Giustiniano qualificò queste azioni come *azioni miste* quasi aventi il dop-

Tali azioni si chiamano *giudizi doppi* (*judicia duplicia*), perchè ognuno dei condividenti può assumervi tanto la veste di attore, quanto di reo convenuto (*Instit.*, § 20, *de act.*, IV, 6; fr. 10, *Dig. fin. reg.*, X, 1; fr. 2, § 3; fr. 44, § 4, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2).

a) L'*actio finium regundorum* è la più antica fra queste azioni. In realtà essa non è un' azione divisoria di cose comuni, perchè mira a determinare i confini fra due fondi, che non sono comuni, ma siccome ha molte analogie con le azioni veramente divisorie, e alla pari di quelle può terminare con una aggiudicazione, dai Romani giureconsulti è considerata sempre come divisoria. L'azione *finium regundorum* è applicabile alla confusione di confini fra due fondi rustici contigui, ed in antico si diceva che dava luogo ad una *controversia de fine* se si questionava sui *quinque pedes*, che dividevano gli *agri limitati*; ad una *controversia de loco*, se si questionava sopra uno spazio di terreno più esteso e diverso (Cic., *De legibus*, I, 21. Vedi pure Hygenus e Frontinus). Tale azione non ha luogo quando si conoscono i confini, ed un proprietario sostiene, che l'altro li abbia oltrepassati; perocchè in tal caso è luogo alla *rei vindicatio* (*cost.* 1, *Cod. fin. reg.*, III, 39). Può essere sperimentata non solamente dal proprietario, ma eziandio dall'usufruttuario, e dal creditore pignoratizio. Il giudice deve cercare di rintracciare gli antichi confini, per mezzo di testimoni, di documenti, e dei segni di confine (fr. 8; fr. 11, *Dig. h. t.*; fr. 10, *Dig. de probat.*, XXII, 3, *cost.* 3, *Cod. h. t.*). Ove non gli venga fatto di constatarli, ad evitare nuove questioni ed incertezze, può decidere la lite o mediante aggiudicazione, cioè aggiudicando una metà del terreno in questione a ciascuno dei confinanti, o mediante aggiudicazione e condanna, vale a dire può fissare i confini in una nuova direzione, aggiudi-

pio carattere di personali e di reali (*Istit.*, § 20, *de act.*, IV, 6): di *personali* in quanto fanno conseguire l'esecuzione delle obbligazioni derivanti da comunione, di *reali* in quanto sono attributive di proprietà per i condividenti; ma la verità è che sono azioni *personali* pel fondamento, per la direzione e per lo scopo; pel fondamento, perchè hanno per base delle relazioni obbligatorie fra i comunisti; per la direzione, perchè si intentano contro quelle persone determinate che sono in comunione; per lo scopo, perchè mirano a far cessare le relazioni obbligatorie derivanti dalla comunione. D'altronde come azioni personali sono qualificate in più luoghi delle nostre Fonti, (fr. 1., *Dig. fin. reg.*, X, 1; fr. 22, § 4, *Dig. fam. ercisc.* X, 2; fr. 4, *Dig. comm. divid.*, X, 3; *cost.* 1, § 1, *Cod. de ann. except.*, VII, 40). E se Ulpiano le dice egli pure azioni *miste*, le appella in questa guisa in un altro senso, nel senso di giudizi doppi (*fr.* 37, § 1, *Dig. de oblig. et. act.*, XLIV, 7). Nonostante in pratica comunemente si ritennero come azioni miste, nel senso dato da Giustiniano a questa qualifica.

cando in proprietà ad uno dei confinanti una certa porzione di terreno, e condannandolo a sborsare una somma di danaro all'altra parte (*Instit.;* § 6, *de officio judicis*, IV, 17; fr. 2, § 1; fr. 3, *Dig. h. t.*). La sentenza può contenere ancora la condanna alla restituzione di frutti indebitamente percetti, ed al risarcimento di danni ingiustamente cagionati (fr. 4, § 1, 2, *Dig. h. t.; Instit.* § 6, *de off. jud.*, IV, 17; fr. 56, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2).

b) *L'actio familiæ erciscundæ*, azione speciale con la quale si ottiene fra più coeredi la divisione della eredità, sarà da noi dichiarata trattando delle successioni ereditarie.

c) *L'actio comuni dividundo* suppone una comproprietà, o almeno una comunanza di diritti patrimoniali reali, che si voglia disciogliere (fr. 4, § 9, *Dig. fin. reg.*, X, 1; fr. 10; fr. 14, 16, § 2. *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 4 *pr.*, fr. 7. *Dig. com. divid.*, X, 3; fr. 1, § 8, *Dig. de superf.*, XLIII, 18). Quest'azione fu introdotta l'ultima; è più generale delle due antecedenti, ed avrebbe potuto renderle inutili, se quando fu introdotta, le altre non avessero già acquistato dei caratteri speciali, che valessero a distinguerle da questa. Massima generale, che deve seguitare il giudice nel procedere alla divisione di cose comuni, è quella di conformarsi più che è possibile ai desideri delle parti, e qualora non sieno concordi, di dividere nel modo che riesce più utile per tutte (fr. 21, *Dig. h. t.*, X, 3). La divisione può esser fatta in maniere differenti, secondochè si tratta di comunione di una o più cose, e secondo l'indole di queste. Quando la comunione comprende più cose, p. e., più edifizi, il giudice invece di dividere ciascheduno di essi, procede ad assegne di edifizi intieri; ed a questo effetto prima li fa stimare, poi formatine dei lotti di un valore più che è possibile uguale, distribuisce a sorte ogni lotto, od assegna secondo le ragioni di maggiore personale convenienza, uno speciale lotto a ciascheduno dei condividenti (*Instit.* § 4, *de officio judicis*, IV, 17). Ma ove questo modo di divisione non sia praticabile, perchè esempigrazia un solo fondo sia obietto della comunione, il giudice ordina la materiale divisione della cosa fra i condomini (*Instit.*, § 5, *eod.*); questa resultando impossibile fisicamente (come se obietto della comunione fosse un quadro), od impossibile economicamente (come se per la divisione la cosa comune perdesse di valore, p. e., se fosse una collezione di medaglie), il giudice ordina aprirsi una licitazione o fra i soli condivi-

denti, o ammettendovi eziandio gli estranei, ed assegna la cosa al maggiore offerente (fr. 19, § 3, *Dig. comm. divid.*, X, 3; fr. 22, § 1, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2, *cost.* 1 e 3, *Cod. comm. divid.*, III, 37); oppure se lo reputa più utile, assegna in proprietà assoluta quella cosa ad uno dei condividenti, imponendogli l'obbligo di pagare all'altro la metà del valore della medesima (*Instit.*, § 5, *Dig. de off. jud.*, IV, 17; fr. 55, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2). Essendo obietto di comunione una cosa indivisibile, non è vietato al giudice assegnarne ad uno dei condividenti la proprietà, all'altro l'usufrutto (fr. 22, § 3, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 6, § 10, *Dig. com. divid.*, X, 3). Qualora il giudice faccia tante parti o lotti dei beni comuni, quanti sono i condividenti, e proceda per assegne, la divisione si risolve evidentemente in tante permute; si risolve invece in una compra e vendita, ove assegni ad uno solo dei condividenti la cosa indivisibile, unico obietto della comunione, obbligandolo a sodisfare gli altri in contanti. Ma qualunque siasi il modo di divisione adoperato, esso porta seco sempre una *alienazione* ed un *acquisto;* una alienazione, perchè ognuno dei condividenti aliena quella quota intellettuale di proprietà che aveva sull'obietto della comunione; un *acquisto,* perchè in contraccambio riceve una parte materiale della cosa, o qualcheduna fra le cose comuni, o del contante.[1] La divisione giudiciaria è obbligatoria per le parti, che intervennero alla medesima (*cost.* 16, *Cod. fam. ercisc.*, III, 36); possono per altro chiedere la *in integrum restitutio* contro la medesima, e qualora abbiano giuste ragioni, possono conseguirla. *L'actio communi dividundo* tende allo scioglimento della comunione, ma mediante la medesima si ottiene ancora l'esecuzione delle obbligazioni, cui la comunione ha dato luogo (fr. 22, § 4, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 3; fr. 6, § 1; fr. 11; fr. 14, § 1, *Dig. comm. divid.*, X, 3). I soci valgonsi di quest'azione per ottenere la partizione dei beni sociali, al quale intento non serve l'*actio pro socio* (vedi sopra, § 374, n° 4.); ed a loro non è inibito di intentarla eziandio nel caso, che non abbiano idea di sciogliere la società, sibbene di dividersi cose comuni (fr. 14, § 1, *Dig. com. divid.*, X, 3).

[1] La divisione pel Codice civile, l'abbiamo sopra osservato, invece non è *attributiva*, è *dichiarativa* di proprietà (art. 679 e 1034).

C) *Indebiti Solutio.* [1]

(*Dig.*, lib. XII, tit. 6, *de condictione indebiti.*; *Cod.*, lib. IV, tit. 5, *de condictione indebiti.*)

§ 492. È un *quasi contratto dal quale nasce il diritto in chi pagò per errore quello che non doveva, di ripetere il pagato, e*

[1] L'articolo 1145 uniformandosi ai principii del diritto Romano, dichiara che chi *per errore*, o *scientemente*, ricevè ciò che non gli era dovuto, è obbligato a restituirlo a colui dal quale l'ha *indebitamente ricevuto*. Ma quest' articolo non fa menzione dello stato dell'animo di chi fece l'indebito pagamento, non distingue cioè se chi pagò l'indebito, lo pagò *scientemente* o per *errore*. Tuttavolta crediamo che il Codice non siasi voluto allontanare dal principio del diritto Romano, pel quale chi *scientemente paga l'indebito* si ritiene aver voluto donare, e per conseguenza non può ripetere il pagato. Ad abbracciare questo concetto, che d'altronde è coerente ai dettami della ragione naturale, ci conforta il tenore del successivo articolo 1146. L'articolo 1146 infatti dispone, che *chi per errore si credeva debitore*, quando abbia pagato il debito ha diritto alla ripetizione contro il creditore. Dunque, argomentando *a contrario*, se non avesse pagato *per errore*, *bensì scientemente*, non potrebbe ripetere il pagato (concorda il capoverso dell'art. 1238). Vero è bene che quest' art. 1146 contempla il caso che sia realmente creditore colui al quale fu pagato, sebbene non sia creditore di chi pagò; ma a noi pare che il disposto dell'articolo in esame, e gli argomenti relativi, possano valere anche pel caso in cui taluno pagò *scientemente* chi non era creditore affatto. Se la legge ammette che non possa ripetersi il pagamento fatto *scientemente* del debito di un altro, si è perchè lo reputa una donazione fatta al vero debitore; or bene non vediamo perchè non debba essere valido il pagamento fatto a chi non era creditore, ritenendo che sia una donazione fatta a costui al quale si pagò. Insomma, a noi pare che chi paga *scientemente* quello che non deve, *doni*. *Dona* al vero debitore, se in nome proprio paga scientemente al creditore ciò che non egli, bensì un altro gli doveva, senza sottentrare nelle ragioni del creditore (art. 1238, capoverso); *dona* alla persona cui paga l'indebito, se paga *scientemente* un debito che non esiste. La diversità della persona a cui vantaggio ridonda il pagamento dell'indebito, non ci sembra che possa togliergli il carattere di donazione. D'altronde chi paga *scientemente* l'indebito, non può avere altro animo che di donare; perocchè non vi sia che il pazzo che voglia pagare senza dovere, e senza animo di beneficare alcuno; ma il pazzo non paga *scientemente*.

Il Codice, l'abbiamo detto, nell'articolo 1145 distingue fra chi ricevè l'indebito *per errore* e chi lo ricevè *scientemente*, ed ha per questi due casi differenti diverse disposizioni. Ed in vero:

1° chi ha ricevuto indebitamente una cosa per *errore* (ossia in *buona fede*) deve restituirla in natura *se sussiste*; e qualora la cosa più non sussista, o sia deteriorata, non è tenuto alla restituzione che sino alla concorrenza di ciò che è stato rivolto in suo profitto (art. 1148). Se ha venduto la cosa ricevuta in buona fede, non è tenuto che a restituire il prezzo ricavato dalla vendita, od a cedere l'azione per conseguirlo (art. 1149).

2° Chi ha ricevuto indebitamente una cosa *in mala fede*, ossia *scientemente*, deve restituire la cosa se sussiste, ed i frutti di lei (argomentasi dall'art. 703); e qualora la cosa più non sussista o sia deteriorata, deve restituirne il valore, ancorchè la cosa sia perita, ovvero sia deteriorata per *solo caso fortuito* (art. 1148) giusta i principii sul *casus*, *dolo vel culpa determinatus* (vedi gl'articoli 1619, 1672). Avendola venduta, deve restituire oltre il prezzo ricavato ancora gli interessi sul prezzo stesso (argom. dall'articolo 1149), e se la

l' obbligo corrispondente in chi ricevè l' indebito, di restituirlo (*Instit.,* § 6, *de obl. quæ quasi ex contr.,* III, 27). Essendo cosa ingiusta ed iniqua il locupletarsi con altrui iattura (fr. 14, *Dig. h. t.,* XII, 6), chi riceve indebitamente, è obbligato *ex bono et æquo a restituire* (fr. 66, *Dig. eod.*), quasi avesse ricevuto a mutuo (*Instit.,* § 6, *quib. mod. re contr. oblig.,* III, 14). Tale obbligo di restituire, non deriva da un contratto vero e proprio, qual sarebbe il mutuo; perchè la cosa indebita fu data per errore, e così senza quel consenso libero ed illuminato, che è necessario nei contratti; è un obbligo nascente dall' equità, la quale esige che chi ha risentito una utilità, non dovutagli, restituendo il ricevuto, ristabilisca l' alterata uguaglianza; è dunque un obbligo nascente da un quasi contratto, analogo al contratto di mutuo.

§ 493. Tre condizioni debbono concorrere affinchè esista questo quasi contratto:

1° che il pagamento sia stato eseguito,

2° che non fosse dovuto,

3° che sia stato fatto per errore.

1° Quando parlasi di pagamento di indebito (*indebiti solutio*), la parola pagamento è adoperata nel significato suo più ampio, nel quale sta ad indicare qualunque maniera di eseguire un' obbligazione, e così tanto il *dare,* quanto il *facere,* come il *præstare.* La prestazione di un fatto, è anch' essa un pagamento, e se questo fatto fu indebitamente prestato, ed è valutabile, può ripetersene il valore (fr. 26, § 12; fr. 40, § 2, *Dig. h. t.*). La ragione di equità, che obbliga a restituire l' indebito, militando ancora per le liberazioni (fr. 22, § 1; fr. 39, *Dig. eod.*), e per gli obblighi assuntisi indebitamente (fr. 31, *Dig. eod.*), eziandio per questi produce gli stessi effetti giuridici, che pel pagamento dell' indebito. L' idea della *indebiti solutio,* fu dunque estesa a qualunque atto eseguito indebitamente. Affinchè possa parlarsi di *in-*

cosa ricevuta consisteva in un capitale, deve restituire eziandio gli interessi o i frutti dal giorno del pagamento (art. 1147).

Non può ripetere l' indebito chi lo pagò per errore credendosi debitore, se il creditore in conseguenza del pagamento si è privato in *buona fede* del titolo e delle cautele relative al credito; nel qual caso è salvo a colui che ha pagato, il regresso contro il vero debitore (art. 1146, col quale concorda il fr. 44. *Dig. de condictione indebiti*).

Colui al quale è restituita la cosa deve rimborsare anche il possessore di mala fede delle spese fatte per la conservazione della cosa (*cioè necessarie*), e delle *utili* a norma dell' art. 705 (art. 1150).

debiti solutio, il pagamento (*solutio*) deve essere stato eseguito validamente, astrazione fatta dall'insussistenza dell' obbligazione; se per qualche motivo diverso da quell' insussistenza, il pagamento fosse invalido, p. e. perchè fosse stato fatto ad un pupillo, o ad un prodigo, non potrebbesi dire esistere *indebiti solutio*, non pagandosi validamente a siffatte persone. Allora occorrerebbe invocare altri principii, per ottenerne la restituzione.

2° Seconda condizione dell' *indebiti solutio*, abbiamo detto essere questa, *che il pagamento non fosse dovuto*. Non lice ripetere ciò che fu pagato in esecuzione di un' obbligazione *naturale*, perchè per quella debito esisteva; non era un debito di cui l' altra parte potesse esigere il pagamento mediante un' azione, ma comunque *naturale*, era pur sempre un debito (fr. 13; fr. 26, § 9; fr. 38; fr. 40; fr. 64, *Dig. h. t.*). In alcuni casi la legge vieta di ripetere come indebito quello che fu pagato in adempimento non già di una obbligazione *naturale* bensì in sodisfazione di un debito *morale*; non vuole insomma che si ripeta come indebito, ciò che almeno per la morale indebito non è (vedi sopra, § 233). E la ripetizione dell' indebito non è data a chi pagò un debito naturale, o un debito che la morale gli imponeva di pagare, ancorchè il pagamento fosse stato operato credendolo per errore dovuto civilmente. Chi ha pagato prima del tempo, o innanzi il verificarsi della condizione, non è ammesso a ripetere come indebito quello che pagò, se all' epoca del pagamento era indubitabile, che il termine sarebbe giunto, o la condizione si sarebbe verificata (fr. 10; fr. 16, § 1; fr. 17 e 18; *Dig. h. t.*), imperocchè in tali casi è fuori di questione, che egli doveva quanto pagò. Effettivo pagamento di indebito esiste:

a) quando fu pagato a chi non era creditore, o fu pagato da chi non era debitore (fr. 19, § 1; fr. 65, § 9, *Dig. h. t.*; fr. 31 *pr.*, *Dig. de hered. petit.*, V, 3; *cost.* 8, *Cod. h. t.*). Ma se un debito che realmente esiste, fu pagato da persona diversa dal debitore, nell' opinione erronea di essere obbligata a pagare pel debitore, la persona che pagò, ha ricorso contro il debitore liberato mercè il pagamento, non contro il creditore che lo ricevè: perchè a quest' ultimo quel pagamento era dovuto, e per quello fu estinto il suo credito (fr. 44, *Dig. h. t.*).

b) quando fu pagata *cosa diversa* da quella dovuta, *o più* del dovuto (fr. 19, § 3; fr. 32, § 3, *Dig. h. t.*; *cost.* 1, *Cod.*

eod.). La legge poi *autorizza espressamente a ripetere come indebito:*

α il pagamento fatto in esecuzione di un' obbligazione *jure civili reprobata* (vedi sopra, § 232),

β e quello fatto in esecuzione di un' obbligazione *inanis* (vedi sopra, § 232).

3° L' ultima condizione all' esistenza dell' *indebiti solutio,* si è che il pagamento sia stato eseguito per errore, vale a dire nella erronea opinione di eseguire un' obbligazione (fr. 1; fr. 26, § 3; fr. 50; fr. 62, *Dig. h. t.; cost.* 1, *Cod. eod.*). Infatti si presume, che abbia voluto donare chi ha pagato scientemente l' indebito (fr. 53, *Dig. de reg. jur.,* L, 17; fr. 26, § 8; fr. 62, *Dig. h. t.*), e perciò non gli si permette di ripetere ciò che diede. Questo è vero, quando la persona che pagò scientemente l'indebito, fosse capace di donare, perchè in caso contrario (come se fosse un pupillo od un prodigo) la regola ora accennata non procederebbe (fr. 29, *Dig. h. t.*). È lecito ripetere come indebito quello che fu pagato oltre i 500 solidi, in esecuzione di una donazione non insinuata, ancorquando chi pagò, lo fece con la scienza che quello eccedente era indebito (*cost.* 34 *pr.; cost.* 36, § 3, *Cod. de donat.,* VIII, 54); infatti non è da presumersi la intenzione di donare tale eccedente, quando la legge appunto vieta di donarlo. Chi pagò con la scienza di non dovere, ma per remunerare o donare, non può ripetere come indebito il pagato, allegando un errore sulla causa della sua liberalità; esempigrazia Tizio nell' opinione, che Cajo gli abbia reso un servigio, gli dà in ricompensa una somma di danaro; Tizio non sarebbe ammesso a ripeterla, sebbene poi scuoprisse che quel servigio non gli fu reso da Cajo (fr. 65, § 2, *Dig. h. t.*); imperocchè siccome quella remunerazione *non era un debito* per Tizio, dandola, scientemente pagò l' indebito, e chi paga scientemente l' indebito non è autorizzato a ripetere il pagato. Il dubbio di dovere, espresso che sia, esclude l' intenzione di donare, e per conseguenza abilita a ripetere il pagamento (*cost.* 11, *Cod. h. t.* fr. 2; fr. 56, *Dig. eod.*) È questione fra gli interpreti del diritto Romano, se il pagamento eseguito per errore di diritto, possa venire ripetuto. Vi ha chi l' impugna, appoggiandosi sopra alcuni luoghi delle nostre Fonti, che negano quella ripetizione in modo assoluto (*cost.* 10, *Cod de juris et facti ignorantia,* I, 18; *cost.* 6, *cod. eod.*), o che almeno presuppongono

l'errore di fatto come causa di ripetizione dell'indebito (*cost.* 6 e 7, *Cod. h. t.,* IV, 5). Altri, invece, credono che l'errore o sia di fatto, o sia di diritto, dia sempre luogo alla ripetizione di ciò che per errore fu pagato; e si fondano sopra altri luoghi del testo, ove pare che tal distinzione fra errore di fatto e di diritto non sia ammessa (fr. 23, § 1; fr. 45, *Dig. h. t.; cost.* 5, *Cod. de pactis,* II, 3; *cost.* 5, *Cod. de condict. indeb.,* IV, 5). In mezzo a questa divergenza di opinioni noi riteniamo doversi seguitare anche quì la regola, altrove enunciata, intorno all'errore di diritto (vedi sopra, § 268, lett. b.), vale a dire: che l'errore di diritto nuoce in generale a chi l'ha commesso, ammenochè sia un errore scusabile, o si tratti di evitare una perdita a chi versò nel medesimo.

§ 494. L'azione, mediante la quale può ripetersi l'indebito è detta *condictio indebiti.* Spetta a chi pagò l'indebito, ed ai suoi eredi (fr. 12; fr. 19, § 1, *Dig. h. t.*). Qualora chi materialmente pagò l'indebito, l'avesse pagato come mandatario, o rappresentante, la *condictio indebiti* spetterebbe al mandante o principale (fr. 5; fr. 6; fr. 46, *Dig. h. t.; cost.* 6, *Cod. eod.*), ed il mandatario o rappresentante potrebbe esercitare contro il mandante o principale, l'*actio mandati* o *negotiorum gestorum contraria* per farsi indennizzare. Ma se chi pagò l'indebito, pagò per altri, senza aver ricevuto commissione, ed il suo pagamento non fu ratificato dalla persona nello interesse di cui fu fatto, egli potrà ripetere il pagato con la *condictio sine causa* (fr. 6; fr. 7; fr. 67, § 1, *Dig. h. t.*). La *condictio indebiti* si intenta contro chi ricevè il pagamento dell'indebito, e contro i suoi eredi; ma se chi ricevè il pagamento era un rappresentante, od un mandatario, sarà necessario intentarla contro il mandante od il principale. Scopo di quest'azione, è di ottenere la restituzione di ciò che fu pagato. Qualora il pagamento sia stato fatto in cose fungibili, si ottiene la restituzione di altrettanto nello stesso genere e qualità, ma senza interessi, come nel mutuo (fr. 7, *Dig. h. t.; cost.* 1, *Cod eod.; Instit.,* § 6, *de obl. quæ quasi ex contr.,* III, 27), perchè la *condictio indebiti* è un'*actio stricti juris* (*cost.* 1, *Cod. h. t.*); ove poi il pagamento sia stato fatto in cose infungibili, allora si ottiene la restituzione delle identiche cose pagate con ogni loro accessione, e coi frutti percetti e percipiendi, dopo la contestazione della lite, perocchè questa contestazione ponga in

mala fede chi ricevè il pagamento (fr. 7, *Dig. h. t.* ; fr. 25, *Dig. præscr. verb.,* XIX, 5). Debbono per altro diffalcarsi le spese fatte da costui in buona fede, appunto come nel giudizio di rivendicazione (fr. 15 *pr.;* fr. 26, § 12; fr. 65, § 5, *Dig. h. t.*). Dei servigi indebitamente prestati, si ottiene il prezzo di stima; del debito indebitamente accollatosi la restituzione; del diritto indebitamente rinunziato, l'annullamento della rinunzia (fr. 22, § 1; fr. 26, § 12; fr. 40, § 2, *Dig. h. t.*; *cost.* 3, *Cod. eod.*).

§ 495. Chi intenta la *condictio indebiti* ha l'obbligo di provare: 1° che *pagò,* 2° che *pagò indebitamente,* e *per errore.* Ma se il reo convenuto nega il fatto del pagamento, e l'attore glielo prova, allora spetta al reo convenuto a provare che quello che gli fu pagato, gli era dovuto (fr. 25, *Dig. de probat.,* XXII, 3). La stessa prova incombe fornire a chi è convenuto con la *condictio indebiti* da un minore, da una donna, da un militare, o da una persona rustica (fr. 25, § 1, *Dig. de probat.,* XXII, 3). La persona, che ha rilasciato un chirografo, nel quale si confessa debitore, ma senza avere effettivamente ricevuto cosa alcuna, qualora richieda la restituzione di quel chirografo, così indebitamente rilasciato, non ha l'obbligo di provare che nulla doveva, se nel chirografo manca l'indicazione di una causa determinata del debito confessato (*cautio indiscreta*), per lo contrario deve fornire quella prova, se nel chirografo è indicata la causa del debito, *cautio discreta* (vedi il fr. 25, § 4, *Dig. de probat.,* XXII, 3).

D) *Tutelæ vel curæ gestio.*

§ 496. È questo: *un quasi contratto, pel quale il tutore ed il curatore sono obbligati a rettamente e diligentemente amministrare ed a render conto, ed il pupillo e sottoposto sono viceversa obbligati ad indennizzare il tutore ed il curatore.* Avendo altrove diffusamente dichiarate le relazioni giuridiche, che sorgono fra tutore e pupillo, curatore e sottoposto, in conseguenza della gestione della tutela e della cura (vedi vol. I, lib. I, § 218 e seg.), non staremo a ripeterle qui. Ricorderemo soltanto, come da quella gestione nascano le azioni *tutelæ directa* e *contraria,* che si danno come azioni *utili* fra sottoposto e curatore (vedi vol. I, lib. I, § 241 e 267). La gestione degli affari del pupillo e del sottoposto, addimanderebbe l'opera di un mandatario, ma il pupillo ed il sot-

toposto non hanno facoltà giuridica di nominarlo, perchè sono incapaci del contratto consensuale di mandato, attalchè la legge lo nomina per loro. Il tutore ed il curatore non sono dunque veri e propri mandatari, perchè ripetono lo ufficio loro dalla legge, e non dal consenso del pupillo e del sottoposto; ma la legge impone loro obblighi verso il pupillo e il sottoposto, analoghi a quelli del mandatario verso il mandante. L'amministrazione del tutore e del curatore, arrecando *utilità* al pupillo ed al sottoposto, *equità* esige che questi ultimi che tali utilità risentirono, sieno obbligati a risarcire quei primi dei danni, a rimborsarli delle spese, a liberarli dalle obbligazioni, in cui per ragione dell'ufficio esercitato, fossero incorsi; ed è questa una obbligazione *eventuale* pel pupillo e pel sottoposto, analoga a quella del mandante verso il mandatario. Dalle quali cose si raccoglie, che la *tutelæ vel curæ gestio*, se non è un contratto di mandato, è un quasi contratto analogo al mandato.

E) *Hereditatis Aditio.*

§ 497. L'*adizione dell'eredità* sarà da noi definita e spiegata, quando tratteremo delle successioni ereditarie. Adesso ci limiteremo ad osservare, che l'erede nell'adire una successione ereditaria, rimane obbligato a pagare i legati, ed i debiti, che la onerano. I debiti deve pagarli, perchè rappresenta la persona del defunto, e ne continua per così dire, la personalità giuridica. I legati deve pagarli, perchè il defunto gli diede una specie di mandato a pagarli, quando lo istituì erede di una eredità onerata di legati. L'accettazione dell'eredità, implica accettazione di questo quasi mandato, che sarebbe stato un vero mandato, se la volontà del defunto, e quella di chi accettò l'eredità fossero esistite contemporaneamente. Per questa ragione, l'*hereditatis aditio* è un quasi contratto analogo al mandato.

II. De obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur. [1]

(*Instit.*, lib. IV, tit. 5, *de obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.*)

§ 498. Chiamansi quasi delitti: *alcuni fatti obbligatorii, i*

[1] L'idea giuridica dei *quasi delitti* che emerge dal Codice civile italiano,

quali non sono nè contratti, nè quasi contratti, e che non possono essere qualificati come delitti, perchè quantunque riprensi-

si avvicina assai a quella, che nel testo alle presenti note, abbiamo veduto emergere dalle leggi Romane.

Stando al Codice nostro (che copia in questa, come in moltissime altre parti il Francese) ci pare che i quasi delitti possano essere definiti: come fatti dannosi dai quali sorge una responsabilità civile per la persona *che non li ha commessi*, derivante dal non averli impediti, mentre poteva e doveva impedirli. Ed in vero l'articolo 1153 dispone: che ciascuno è obbligato non solo pel danno che cagiona per *fatto proprio* (*delitto*), ma ancora per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che ha in custodia (*quasi delitto*). Questa disposizione si giustifica di fronte alla ragione naturale, riflettendo che è in *culpa* chi non impedì i fatti dannosi che poteva e doveva impedire: quali sono i danni arrecati dai suoi dependenti, o dalle cose che ha in custodia.

L'articolo 1153 nei suoi più capoversi, dichiara che il padre, e in sua mancanza la madre, sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori *abitanti con essi*; i tutori pei danni cagionati dai loro amministrati *abitanti con essi*; i precettori e gli artigiani pei danni cagionati dai loro allievi ed apprendisti, *nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza*; ma che la detta responsabilità non ha luogo allorchè i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani *provano di non avere potuto impedire il fatto* di cui dovrebbero essere responsabili.

Per l'articolo 1154 il *proprietario* di un animale, o *chi se ne serve*, *pel tempo in cui se ne serve*, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua *custodia*, quanto se siasi *smarrito* o sia *fuggito*.

Per l'articolo 1155 il proprietario di un edifizio è obbligato pei danni cagionati dalla rovina di esso, quando sia avvenuta per *mancanza di riparazione o per un vizio di costruzione*.

Per gli articoli 1629 e 1867 i vettori per terra e per acqua, gli osti e gli albergatori sono sottoposti a civile responsabilità pel danno o pel furto sopra gli effetti trasportati o ricevuti nei loro alberghi, sia quel danno o quel furto commesso da *domestici*, da *persone loro addette*, sia da *persone estranee* che frequentano gli alberghi, i bastimenti o le vetture loro.

È prezzo dell'opera osservare su questi diversi articoli citati:

1° che i *padroni* ed i *committenti* sono responsabili dei danni cagionati dai loro *domestici* e *commessi* nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati, *senza essere autorizzati a provare che poterono impedire il fatto* del quale sono chiamati a rispondere civilmente. Questa singolare disposizione (che resulta dal confronto dell'ultimo capoverso dell'articolo 1153 coi capoversi antecedenti) non si spiega, se non ritenendo avere il legislatore pensato che i padroni ed i committenti potevano scegliere le persone dei loro *domestici* e *commessi*, e che scegliendo persone più idonee e diverse da quelle che scelsero, *avrebbero potuto impedire il danno* che cagionarono.

2° che i vettori per terra e per acqua, gli osti e gli albergatori (vedi articoli 1629 e 1687) parimente, e per le stesse ragioni, *non sono ammessi a provare* che non poterono impedire il danno e il furto commesso sopra gli oggetti trasportati o ricevuti — L'unica prova a discarico che è loro conceduta è quella, che il furto fu commesso a mano armata, e che il danno derivò da forza maggiore, o l'uno e l'altro per negligenza grave del proprietario (art. 1868).

3° che il proprietario di un animale, o chi se ne serve, *pel tempo in cui se ne serve*, è obbligato pel danno cagionato da esso, *senza essere ammesso a provare che non potè impedirlo*: perchè il proprietario doveva sorvegliare un animale pericoloso, ed impedire che fuggisse o si smarrisse, o altrimenti non doveva tenerlo presso di sè: in un modo o nell'altro è dunque sempre in *culpa*.

4° che il proprietario di un edifizio è obbligato pei danni cagionati dalla rovina d'esso, *se altri gli provi* che quella rovina è avvenuta per mancanza di riparazioni o per vizio di costruzione; ed al proprietario non varrebbe l'opporre che egli *ignorava* quel vizio di costruzione o il bisogno della riparazione. Egli non *doveva ignorare* quel vizio, e questo bisogno; quell'ignoranza è una *colpa*.

L'articolo 1306 del Codice dichiara che il *minore* è pareggiato al *maggiore*

bili, manca loro qualcuno degli elementi del delitto, attalchè la legge come delitti non li considera. La mancanza di alcuni degli elementi propri del delitto in questi fatti per sè riprensibili, è dunque il loro carattere distintivo; manca in vero nei medesimi il danno, o se danno producono, non è cagionato da un fatto proprio della persona, che ne è tenuta per responsabile. Appunto perchè in questi fatti occorrono alcuni, ma non tutti gli elementi dei delitti, la legge non li dichiara delitti veri e propri, e li considera *quasi* o *come* se fossero delitti: onde il loro nome volgare di *quasi delitti.* A torto i quasi delitti furono definiti, come: fatti illeciti commessi senza dolo, ma per colpa, cioè per imprevidenza, imprudenza, od ignoranza (POTHIER, *Obblig.*, nº 117, 119). Se i quasi delitti avessero per carattere distintivo la *culpa,* presso che tutti i fatti contemplati dalla legge Aquilia, sarebbero quasi delitti; eppure costituiscono invece il delitto di *damnum injuria datum.*

§ 499. Dai quasi delitti nasce un' azione *in factum*, vale a dire un' azione che nella procedura per formule, aveva una formula redatta sul fatto, azione che assume nome diverso a seconda del fatto. I caratteri generali di questa azione, sono i medesimi di quelli propri dell' azione nascente dal delitto; infatti non può essere esercitata contro gli eredi, può essere esercitata tante volte quanti sono gli autori del fatto illecito ec. Le Istituzioni imperiali enumerano quattro quasi delitti, che noi andiamo ad esaminare separatamente.

a) *Effusum et dejectum.*

§ 500. Ove da una finestra, che si apra sopra un luogo di

di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi delitto. A conciliare il disposto di quest' articolo con la responsabilità che l' articolo 1153 stabilisce a carico del padre o del tutore pei danni cagionati dai loro figli minori, o dagli amministrati, *abitanti con essi*, ci pare da ritenere che la persona danneggiata, *se i minori agirono con discernimento*, abbia la scelta di agire o contro i minori, o contro il padre o tutore; e se i minori agirono *senza discernimento* possa agire soltanto contro il padre o tutore. I quali quando i minori agirono *con discernimento,* potranno avere rivalsa contro i minori stessi.

Per l' articolo 1156, ricordiamolo, se il delitto o il quasi delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute *in solido* pel risarcimento del danno.

Il Codice nostro non fa menzione fra i quasi delitti, nè altrove del *positum aut suspensum,* perchè non sono questi fatti che rechino *danno* bensì *pericolo* — Non parla esplicitamente dell' *effusum et dejectum;* ma il danno che ne derivasse potrebbe ricadere, secondo le circostanze, sotto il disposto degli articoli relativi ai delitti o quasi delitti. — Tace dell' *judex qui litem suam facit;* questo non sarebbe altrimenti caso di quasi delitto pel Codice nostro.

passo (*ubi vulgo iter fit.*, fr. 1, § 2, *Dig. de his qui effud. vel dejec.*, IX, 3), sia stato versato o gettato qualche cosa senza avvertire in precedenza i viandanti (fr. 31, *Dig. ad leg. Aquil.*, IX, 2), cosicchè taluno di questi risenta un danno, sia nelle vesti, sia nella persona, il padre di famiglia che abita nel quartiere dalla finestra del quale avvenne il versamento, o la deiezione, è obbligato, mediante l'esperimento a suo carico dell'*actio in factum de effusis et dejectis*, a pagare il doppio del danno cagionato: sia che vi abiti come proprietario, sia come inquilino, sia per qualunque altro titolo, ancora meramente lucrativo. Se per la deiezione rimase ucciso un uomo libero, è obbligato a pagare 50 aurei, e se non rimase ucciso ma ferito, il giudice stima e tassa la somma, che gli sembra conveniente sia pagata, tenendo conto delle spese che la lesione può aver cagionato, e dell'incapacità perpetua o temporaria al lavoro che può avere prodotto (*Instit.*, § 1, *h. t.*, IV, 5; fr. 1 *pr.*, § 5 e 6; fr. 5, § 5, *Dig. de his qui effud. vel dejec.*, IX, 3). Le leggi Romane ritengono responsabile il *paterfamilias*, che abita nel quartiere dal quale fu fatto il versamento o la deiezione, senza indagare chi ne fu l'autore: perchè vogliono punire la trascuranza del padre di famiglia, il quale omise di sorvegliare, che i suoi dipendenti non recassero nocumento altrui. Non puniscono dunque l'uno per un fatto commesso da altri, che sia sotto la sua dipendenza: puniscono la trascuranza della persona, dalla quale l'autore del fatto dipende. Questo è tanto vero, che se il figlio di famiglia ha un' abitazione separata dal padre, dell'effusione o deiezione avvenuta da quella, il suo *paterfamilias* non è responsabile (*Instit.*, § 2, *h. t.*; fr. 5, *Dig. de obl. et act.*, XLIV, 7). Aggiungasi, che se si scuopre il vero autore del danno, è punibile ai termini della legge Aquilia. L'*effusum et dejectum* non è un delitto vero e proprio, perchè sebbene cagioni un danno derivante da *culpa* della persona punita, ciò non pertanto non è un danno arrecato per un *fatto proprio* della persona punita.

b) *Damnum in navi vel caupona datum.*

§ 501. I padroni di una nave, di un albergo, di una stalla, sono personalmente responsabili del danno o del furto commessi nella loro nave, nel loro albergo, nella loro stalla, comunque essi

non fossero personalmente cagione del danno, e questo derivasse invece, dai loro dipendenti impiegati al servigio della nave, dell' albergo, o della stalla.[1] Ancora in questo caso si punisce la colpa (*culpa*) del padrone, che impiegò persone capaci di cagionare dei danni o dei furti (*Instit.*, § 3, *h. t.*, IV, 5; fr. 5, § 6, *Dig. de obl. et act.*, XLIV, 7, fr. 7, *pr.* § 1, *Dig. nautæ, caup. stab.*, IV, 9). Ma quella colpa non si punisce qual delitto, perchè come nell' *effusum et dejectum*, così qui il danno non è cagionato per un *fatto proprio* della persona che ne è punita. Contro il padrone si sperimenta una *actio in factum*, mediante la quale si ottiene il *duplo* del danno sofferto. Quest' azione è *penale*, e vuole essere bene distinta dall' azione pretoria *de recepto*, che vedemmo nascere dal *receptum* dei capitani di nave, degli albergatori, ed osti (vedi sopra, § 445). Ed in vero quell' azione *de recepto* non è penale: è indipendente da qualunque delitto, mentre l' azione *in factum* di cui ora parliamo, ha per iscopo di punire i padroni di nave, di albergo, etc. della loro imprevidenza nello scegliere le persone, che impiegano al servigio loro.

c) *Judex qui litem suam facit.*

§ 502. Il giudice che per negligenza, od ignoranza, produceva un danno ad uno dei litiganti, condannando p. e. ad una somma minore della dovuta il soccombente in causa, diveniva obbligato per cotal fatto: *judex litem suam facit* (*Instit.*, *h. t. pr.*, IV, 5; fr. 5, § 4, *Dig. de obligat. et act.*, XL, 7; fr. 6, *Dig. de extr. cogn.*, L, 13). Contro di lui poteva sperimentarsi un' *actio in factum*, che i glossatori chiamano *de syndacatu*; e per questa si otteneva la sua condanna ad una pena *in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur*, vale a dire ad una multa valutata giustamente dalla religione del giudicante, il quale naturalmente nello stabilirla, prendeva a guida la stima della lite. Tale azione poteva intentarsi contro il giudice, dalla persona che per la di lui imperizia avesse subito una sentenza lesiva dei propri diritti, eziandio nel caso che questa fosse appellabile. Ciò non deve sorprendere, ed in vero l' appello non è sempre utilmente esperibile dalla parte lesa per una sentenza, perocchè la

[1] Vedi gli articoli 1627, 1634, 1867, 1868.

parte avversa, nel frattempo fra la sentenza e la decisione dell'appello, può essere divenuta insolvente; aggiungasi che un nuovo giudizio, quale è quello cui dà luogo l'appello, è sempre causa di molestie e di spese, e così di un danno, il quale deriva dall'imperizia del giudice, e che questi deve risarcire. È notevole che l'imperizia del medico, a Roma era un delitto, contemplato dalla legge Aquilia (fr. 7, § 8, *Dig. ad leg. Aquil.*, IX, 2), mentre l'imperizia del giudice, l'abbiamo ora veduto, era considerata come un quasi delitto. Tale differenza può spiegarsi riflettendo, che il medico con la sua imperizia reca un danno ad un corpo, *corpori,* attalchè il suo fatto ricadeva sotto il preciso disposto dalla legge Aquilia, (vedi sopra, § 473), ed era perseguitabile con un' azione nascente da delitto; mentre il giudice, pronunziando per ignoranza una sentenza ingiusta, non nuoce ad un corpo; al suo operato mancava dunque uno degli estremi del delitto: il danno arrecato *corpori;* quindi egli rimaneva obbligato per quasi delitto, e non per delitto. Il giudice poi, che avesse pronunziato un' ingiusta sentenza per *dolo,* ossia per malvagia volontà, perchè preoccupato dall'odio, dall' amore, o corrotto dal danaro, era reo di un vero delitto: ed allora non solo era tenuto a prestare la stima della lite, ma incorreva nell'infamia, ed era remosso dall'impiego (fr. 15, § 1, *Dig. de judiciis,* V, 1; *cost. ult., Cod. de pœna jud. qui male judic.*, VII, 49), ed in caso di corruzione, era passibile delle pene comminate dalla *lex Julia repetundarum* (fr. 1; fr. 6; § *ult. de lege Julia repetundarum,* XLVIII, 11).

d) *Positum aut suspensum.*

§ 503. Chi in una strada di passo, *pone o sospende* fuori di una abitazione, un qualche oggetto, che cadendo può cagionare danno, è passibile di una azione *in factum de positis et suspensis:* azione esperibile da chiunque osservi quel fatto, e perciò detta azione popolare. Mediante tale azione si ottiene la remozione dell'oggetto posto o sospeso, e la condanna ad una pena privata di 10 aurei, contro l'autore del fatto (fr. 1, § 3; fr. 5, § 6, 15; *Dig. de his qui effud.*, IX, 3; fr. 5, § 5, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7; *Instit.* § 1, *h. t.*, IV, 5). Quest' azione si sperimenta non già contro il *paterfamilias,* bensì contro l'autore del fatto (fr. 5, § 6 e 10, *Dig. de his qui effud.*, IX, 3). All'esistenza obiettiva

del delitto appartiene il *danno*, ma nel fatto in esame esistendo soltanto *pericolo*, e *non danno effettivo*, o *danno dato*, perciò il *positum aut suspensum* veniva qualificato anzichè come delitto, come quasi delitto.

III. Obligationes quæ ex variis causarum figuris nascuntur.

§ 504. Dicemmo poco sopra, che quando la giurisprudenza riconobbe altre cause di obbligazione, oltre i contratti ed i delitti, le indicò col nome di *variæ causarum figuræ*, cioè imitazioni, figure svariate di quelle. Aggiungemmo che tal nome ebbe due significati; nel più esteso comprese ancora i quasi contratti ed i quasi delitti, nel più limitato comprese tutte quelle cause di obbligazione, che non sono nè contratti, nè delitti, nè quasi contratti nè quasi delitti (vedi sopra, § 259, e § 481). È in questo più limitato significato di quel nome, che noi andiamo a trattare delle *obligationes quæ ex variis causarum figuris nascuntur.*

§ 505. Queste obbligazioni delle quali andiamo a trattare, possono essere ridotte a tre categorìe, corrispondenti alle tre diverse cause onde derivano. Infatti derivano esse:

I) Da un fatto illecito di chi rimane obbligato, fatto illecito che non è considerato dalla legge qual delitto, nè quale quasi delitto. In questa categorìa vengono le obbligazioni nascenti da mutazioni operate nei propri fondi, lesive dei diritti del vicino.

II) Da un fatto di un terzo, o lecito, od illecito, e che la legge considera come se fosse stato eseguito dalla persona, che pel fatto medesimo rimane obbligata. In questa categorìa vengono le obbligazioni dalle quali nascono le così dette *actiones adjectitiæ qualitatis*, e quelle dalle quali derivano le *actiones noxales*.

III) Dalla legge, che attribuisce all'equità forza obbligatoria, in casi diversi dai quasi contratti. In questa categorìa vengono:

a) l'obbligazione di rendere una cosa ricevuta senza diritto di averla o ritenerla (*sine causa*);

b) l'obbligazione di rendere una cosa ricevuta per fare una prestazione correspettiva, quando questa prestazione non sia eseguita (*causa data, causa non secuta*);

c) l'obbligazione di rendere una cosa ricevuta, per un motivo turpe pel ricevente (*ob turpem causam*);

d) l'obbligazione di risarcire il proprietario del danno sof-

ferto pel getto delle sue merci, operato per salvare la nave (*de jactu*);

e) l'obbligazione di rendere ostensibile qualche cosa, a chi ha interesse di esaminarla (*ad exhibendum*);

f) l'obbligazione di garantire il vicino dal pericolo, in cui lo pone un nostro edifizio rovinoso (*cautio damni infecti*).

I.

Novi operis nunciatio.[1]

(*Dig.*, lib. XXXIX, tit. 1, *de operis novi nunciatione; Cod.*, lib. VIII, tit. 11, *de operis novi nunciatione.*)

§ 506. Chi imprende una nuova opera, *opus novum*,[2] per la quale il vicino ha da temere un pregiudizio, può essere obbligato a desistere dalla medesima in diverse maniere. Il vicino infatti, può ottenere dal giudice un formale divieto (fr. 5, § 7, *Dig. h. t.*); può, se la nuova opera è fatta sul terreno di cui ha il possesso, impiegare la forza per impedire il proseguimento della medesima o per demolire il già fatto (fr. 5, § 10, *Dig. h. t.*), finalmente può fare una protesta verbale sulla faccia del luogo, vietando il proseguimento del lavoro a coloro che lo eseguiscono, od a chiunque ivi rappresenti la persona per conto della quale viene eseguito. (fr. 5, § 2, 4, *Dig. h. t.*). È questa ultima protesta, questo divieto che dicesi propriamente *novi operis nunciatio*. Tale *nunciatio* deve essere fatta 1° per un'opera preparata o cominciata, ma non finita: conciossiachè se fosse finita, dovrebbesi intentare l'interdetto *quod clam* (fr. 1, § 1, 12, 16, 17, *Dig. h. t.*).

[1] Per l'articolo 698 del Codice chi ha ragione di temere che da una nuova opera da altri impresa così *sul proprio*, come *sull' altrui suolo*, sia per derivare danno ad un *immobile*, ad *un diritto reale*, o ad altro *oggetto da lui posseduto*, può denunziare al giudice tale nuova opera, purchè *non sia terminata*, e non sia trascorso *un anno* dal suo cominciamento.

Il giudice, presa sommaria cognizione del fatto, può vietare la continuazione della nuova opera; ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele: nel primo caso pel risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell' opera quando le opposizioni al suo proseguimento resultino non fondate nella definitiva decisione sul merito; e nel secondo caso per la demolizione o riduzione dell' opera, e pel risarcimento dei danni che possa soffrirne il denunziante, se questi ottenga definitiva sentenza favorevole nonostante la permessa continuazione. Su questa materia vedi il Codice di procedura civile, artic. 938 a 940.

[2] « Opus novum facere videtur, qui ædificando aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis mutat. » (fr. 1, § 11, 14, *Dig. h. t.*).

2° Per un' opera aderente al suolo (fr. 1, § 12, *Dig. eod.*). Hanno facoltà di nunciare l'opera nuova, il proprietario, ed il possessore di buona fede, non che coloro che hanno un *jus in re* sul fondo, diverso dalle servitù personali, i quali per l'opera medesima temono un pregiudizio (fr. 1, § 3, *Dig. de remissionibus,* XLIII, 25; fr. 1, § 3; fr. 3, § 3; fr. 8 *pr.;* fr. 9, *Dig. h. t.;* fr. 15, *Dig. de serv. præd. urb.,* VIII, 2; fr. 6, § 7, *Dig. si serv. vind.,* VIII, 5). Qualunque cittadino poteva nunciare un' opera nuova in un luogo pubblico, se pregiudicevole al pubblico interesse (fr. 1, § 16, 17; fr. 3, § 4, *Dig. h. t.*). La nunciazione può essere fatta personalmente, o per mezzo di un rappresentante (fr. 1, § 3, *Dig. h. t.*). Viene fatta all' intraprenditore dell' opera, tanto se è proprietario del fondo, quanto se non lo è, od a chiunque rappresenti il proprietario dell' opera (fr. 5, § 3 e 5; fr. 10, 11, *Dig. h. t.*). In conseguenza della *nunciatio,* la persona cui è trasmessa, è obbligata a sospendere il lavoro (fr. 1 *pr.,* § 7; fr. 8, § 2, 4, *Dig. h. t.*), e se ciò nonostante lo seguitasse, il nunciante per mezzo dell' interdetto *de opere novo demoliendo et restituendo,* otterrebbe la purgazione degli attentati, vale a dire la demolizione di tutto quanto venne fatto dopo il divieto, e la restituzione della cosa allo stato pristino (fr. 1, § 7; fr. 20, *pr.* § 1, 2; fr. 21, § 1, *Dig. h. t.*). Qualora la sospensione dell' opera già cominciata, recasse un pregiudizio gravissimo ed irreparabile al nunciato, egli avrebbe facoltà di continuarla o di terminarla, dando una cauzione mediante satisdazione, *de eventualiter demoliendo aut restituendo* (fr. 5, § 17; fr. 8, § 2, 4; fr. 20; fr. 21, *Dig. eod.*). Se nonostante questa cauzione, il nunciante turbasse il nunciato nella sua opera, quest' ultimo potrebbe fare cessare quelle turbative, con un interdetto proibitorio (fr. 20, § 9, 16, *Dig. eod.*). Questi effetti della *novi operis nunciatio* cessano:

a) per la costituzione della cauzione,

b) per la morte del nunciante,

c) per alienazione della cosa (fr. 8, § 6, *Dig. h. t.*),

d) per l'autorizzazione accordata dal giudice, o dal nunciante di continuare i lavori, la quale dicesi *remissio* (fr. 5, § 19, *eod.* vedi *Dig.,* lib. XLIII, tit. 25, *de remissionibus*).

Interdictum quod vi aut clam.

(*Dig.*, lib. XLIII, tit. 24, *quod vi aut clam.*)

§ 507. Quegli che con violenza (*vi*) o clandestinamente (*clam*), imprende o compie una mutazione sopra una cosa immobile, o sopra cose congiunte col suolo, mutazione pregiudicevole ad altri, durante un anno può essere obbligato, mediante l' interdetto *quod vi aut clam,* a rimettere a proprie spese le cose nello stato pristino, e ad indennizzare chi risentì il pregiudizio [1] (fr. 1, § 4, 11; fr. 3, § 7, 8; fr. 4; fr. 5, *pr.* § 1; fr. 7; fr. 8, 16; fr. 18; fr. 21, § 3, *Dig. h. t.*), Quest' interdetto compete al proprietario del fondo che risente pregiudizio dai lavori, come pure a tutti coloro che hanno un *jus in re* o un interesse sul medesimo (fr. 11, § 8, 12, 14; fr. 12; fr. 16, *pr.* § 1 ; fr. 19, *Dig. h. t.*). Può essere intentato contro l' autore dei lavori pregiudicevoli, come pure contro l' attuale possessore del fondo, comunque egli non sia l' autore dei medesimi, e quand' anche fossero stati fatti a sua insaputa (fr. 5, § 8, 14 ; fr. 6 ; fr. 13, § 4 ; fr. 15 *pr.*, § 1, 3 ; fr. 16, § 2, *Dig. eod.*). Se non che tale possessore, quando non è l' autore di quei lavori, sfugge a qualunque responsabilità, lasciando che l' attore riponga a proprie spese le cose nello stato pristino (fr. 16, § 2, *Dig. h. t.*). Contro l' erede della persona che fece i lavori *vi aut clam,* non si può ottenere la condanna a prestare l' *id quod interest*, bensì la condanna a pagare quello di cui si locupletò pel fatto del suo autore (fr. 15, § 3, *Dig. eod.*).

Actio aquæ pluviæ arcendæ.

(*Dig.*, lib. XXXIX, tit. 3, *de aqua.*)

§ 508. Chiunque con un'opera nuovamente eretta, altera il corso naturale dell'acqua piovana, in modo pericoloso o pregiudicevole ad un fondo, può venire costretto mediante l' *actio pluviæ arcendæ*, a restituire le cose nello stato pristino, [2] ed a risarcire il danno cagionato dopo la contestazione della lite. (fr. 1;

[1] Vedi l' art. 698.
[2] Concorda l' art. 536.

fr. 6, *Dig. h. t.*). Quest'azione si esercita dalle persone, e contro le persone stesse, fra le quali è esercitato l'interdetto *quod vi aut clam* (fr. 6, § 1, 4, fr. 16; fr. 23; fr. 4, *Dig. h. t.*). Può venire intentata eziandio nel caso, che un fondo, od un' opera già esistente sul medesimo, abbia per vetustà o per un'altra causa fortuita, sofferto tali mutazioni da creare un pericolo o un danno al fondo vicino. In tal caso, il convenuto è obbligato soltanto a permettere, che l'attore a proprie spese riponga le cose nello stato pristino (fr. 2, § 5, 6, *Dig. h. t.*). Il quale obbligo è parimente il solo, che faccia carico al possessore del fondo su cui fu fatta l'opera, che deviò il corso naturale delle acque, quando egli non fu l'autore dell'opera medesima (fr. 4, § 2, 3; fr. 5; fr. 6, § 7; fr. 11, § 2, *Dig. eod.*)

II.

ACTIONES ADJECTITIÆ QUALITATIS.

§ 509. In alcuni casi, la legge considera come se fosse stato eseguito da una data persona, un fatto o lecito od illecito eseguito da un' altra, che è in certe relazioni giuridiche con quella prima: e quella prima ritiene come obbligata per cotal fatto. Noi andiamo a passare in rassegna questi casi.[1]

a) *Actio exercitoria.*

(*Dig.*, lib. XIV, tit 1, *de exercitoria actione; Cod.* lib. IV, tit. 25, *de institoria et exercitoria actione.*)

§ 510. L'armatore di una nave (*exercitor*), proprietario o no della medesima, che la fa navigare per trasportare mercanzie, rimane obbligato dalle convenzioni, che il capitano (*magister*

[1] I principii che governano le azioni *institoria* ed *exercitoria* nel diritto Romano, vigono nel nostro diritto Commerciale. Quanto all azione *de peculio* osserveremo che anche nel sistema del Codice il padre potrebbe restare obbligato in conseguenza delle contrattazioni del figlio minore, tutte le volte che avesse in qualunque maniera autorizzato i terzi a ritenere che detto figlio contrattasse per conto del padre, oppure avesse risentito vantaggio, per la *in rem versio*, in conseguenza dei contratti del figlio (argom. dall' art. 1305, 1307, 1243, 1743). Relativamente al minore autorizzato a negoziare, dispone il Codice di commercio (articoli 4, 5, 6, 10 etc.)

navis) od i suoi sostituti, (i quali in ogni caso gli è lecito di nominarsi) concludono relativamente al commercio marittimo, che per conto di lui armatore fanno con quella nave (fr. 1, § 1, 5, 7, 12, 15, *Dig. h. t.; Instit.*, § 2, *quod cum eo*, IV, 7), purchè non oltrepassino i limiti del mandato ricevuto (*lex præpositionis*), e quelli del bisogno (fr. 1, § 8, 9, 10, *eod.*) L'armatore viene astretto all'esecuzione di queste obbligazioni, mediante l'*actio exercitoria*, come se le avesse concluse personalmente da sè. L'azione *exercitoria*, benchè fosse introdotta dal Pretore a favore dei terzi che contrattarono col capitano, ridondò a vantaggio ancora degli armatori. E di vero i capitani di nave erano d'ordinario persone poco solventi, e come tali non godevano di credito commerciale, attalchè si sarebbero trovati spesso nell'impossibilità di procurarsi i capitali necessari per racconciare la nave, o per salvarla da qualche pericolo, se non avessero avuto facoltà di spendere il credito dell'armatore (fr. 1 *pr., Dig. h. t.*), se cioè i terzi nel prestare danaro al capitano, non avessero avuto la certezza di avere per obbligato l'armatore. I terzi, che contrattarono col capitano, ebbero dunque la scelta, o di agire contro il capitano (finchè rimane in ufficio) con l'azione del contratto, o contro l'armatore con l'azione *exercitoria* (fr. 1, § 17, *Dig. h. t.*); all'armatore fu poi conceduto di intentare alla sua volta *extra ordinem*, l'*actio exercitoria* contro i terzi, per costringerli all'esecuzione delle obbligazioni che contrassero col capitano (fr. 15, 18, *Dig. h. t.*). I più armatori di una stessa nave furono riconosciuti solidalmente responsabili (fr. 1, § 25; fr. 4, § 1, *Dig. h. t.*), ma i loro eredi furono ritenuti come obbligati, soltanto in proporzione delle loro quote di interesse nell'armamento della nave (fr. 4, § 4, *Dig eod.*).

b) Actio institoria,

(*Dig.*, lib. XIV, tit. 3, *de institoria actione; Cod.*, lib. IV, tit. 25, *de institoria et exercitoria actione.*)

§ 511. Un'obbligazione simile a questa dell'armatore, incombe a chi ha preposto una persona alla direzione di una qualche sua industria, o di qualche suo traffico, come sarebbe alla direzione di un' officina, o di una taberna. Il *dominus tabernæ*

seu negotiationis rimane obbligato per le convenzioni concluse dal suo preposto, *institor,* coi terzi, quando queste sieno relative agli affari affidatigli, e non eccedano i limiti della *lex præpositionis* (fr. 5, § 11, *Dig. h. t.; cost.* 3, *Cod. eod.*). Egli viene costretto all' esecuzione di tali obbligazioni, contratte dal suo istitore, con l' *actio institoria*, azione questa pure, che ripetè la sua origine dal Pretore (*Instit.,* § 2, *quod cum eo,* IV, 7; fr. 1; fr. 5 *pr.,* § 1, 7, *Dig. h. t.*), Egli in seguito, ebbe facoltà di sperimentare quell' azione contro i terzi che si obbligarono verso il suo istitore, relativamente agli affari affidatigli (fr. 1, 2, *Dig. h. t.*). Gli stessi principii che regolano l' *actio exercitoria,* regolano l'*institoria;* se nonchè all' *institor*, a differenza dal *magister navis,* non lice eleggersi un sostituto, quando non gli sia stato espressamente permesso di farlo (fr. 11, § 5, *Dig. h t.*); e l' *institor*, più del *magister navis*, deve stare rigorosamente attaccato alla legge di preposizione (fr. 5, § 11, 15; fr. 11, § 5, 8, *Dig. eod.; cost.* 1, *Cod eod.*).

§ 512. Tanto l'*actio exercitoria*, quanto l'*actio institoria,* in origine erano azioni che si esercitavano contro l' *exercitor* ed il *dominus negotiationis,* per le obbligazioni contratte dai servi, che essi avevano preposti al loro commercio marittimo o terrestre; ma in seguito il Pretore diede queste azioni, ancora quando la persona preposta a quel commercio, fosse stata un estraneo al preponente, od un servo altrui (*Instit.,* § 2, *quod cum eo,* IV, 7). E questa fu una deroga al principio, che non riconosceva obbligazioni contratte *per liberam aut extraneam personam* (vedi sopra, § 377).

c) *Actio de peculio. Actio tributoria. Actio de in rem verso.*

§ 513. L' organismo singolarissimo della famiglia romana, diede origine ad alcune obbligazioni ed azioni, analoghe a quelle esaminate nei tre paragrafi antecedenti. Secondo le regole rigorose dell' antico diritto civile, le persone *alieni juris* acquistavano per coloro in potestà dei quali si trovavano; ma non potevano obbligarli (*Instit.,* § 1, *per quas pers. nob. acq.,* II, 9, § 1, *per quas. pers. nob. obl. acq.,* III, 28, § 10, *de actionibus,* IV, 6; fr. 8, § 4, *Dig. de acceptilat.,* XLVI, 4. Vedi vol. I, lib. 1, § 132). Il Pretore derogò a quella regola:

α) Quando il *paterfamilias* avesse ordinato, o autorizzato espressamente od implicitamente il figlio di famiglia od il servo, a contrarre una obbligazione.

β) Quando il *paterfamilias* avesse risentito vantaggio dall'obbligazione contratta dal figlio o dal servo. L'equità esigeva, che il padre subisse tutte le conseguenze dell'atto comandato o permesso, e che sopportasse gli oneri correlativi ai vantaggi risentiti per le obbligazioni contratte dalle persone dipendenti da sè. Di qui ebbero origine le seguenti eccezioni, alla regola sopra enunciata:

a) 1° Il *paterfamilias,* che aveva incaricato il figlio od il servo di contrattare, o che ratificava le convenzioni da costoro concluse, rimaneva obbligato per le medesime; ed i terzi che avevano contrattato col figlio o col servo, mediante l'*actio quod jussu,* potevano ottenerne l'esecuzione completa (*Instit.,* § 1, *quod cum eo,* IV, 7; *cost.* 4; *cost.* 7, § 1; *cost.* 8; *cost.* 13, *Cod. quod cum eo,* IV, 26; *Dig. tit. quod jussu,* XV, 4).

2° Il *paterfamilias,* che costituiva un peculio al figlio od al servo, si faceva implicitamente responsabile dei debiti, che costoro avessero contratto nell'amministrazione legittima del peculio, attalchè i terzi loro creditori avevano un'azione, l'*actio de peculio,* contro il loro *paterfamilias.* Il *paterfamilias* convenuto con quest'azione, era obbligato a pagarli dentro la misura del valore del peculio, quale era nel momento della cosa giudicata (*Instit.,* 4, 5, *quod cum eo,* IV, 7; fr. 5 *pr.;* fr. 30, § 6, 7; fr. 31, *Dig. de peculio,* XV, 1; fr. 1, § 42, *Dig. depositi,* XVI, 3). Per stabilire il valore del peculio, faceva di mestieri depurarlo dai debiti, ed il paterfamilias aveva facoltà, sebbene costituisse una sola persona col figlio o col servo, di prelevare i suoi crediti che aveva contro il peculio (*Instit.,* § 36, *de act.,* IV, 6, § 4 *in f., quod cum eo,* IV, 7; fr. 5, § 4; fr. 9, § 2, 7; fr. 11, § 7, *Dig. de peculio,* XV, 1; fr. 16, *Dig. de in rem verso,* XV, 3; *cost.* 12, *Cod. quod cum eo,* IV, 26). Ma se il *paterfamilias* aveva dato il permesso al figlio od al servo di stare al commercio, con le mercanzie che erano nel peculio conceduto, o con una parte di quelle, i creditori del traffico del figlio o del servo, avevano diritto se il *paterfamilias* agiva con dolo nella distribuzione delle merci, del peculio, o di ciò che era entrato nel peculio per ragione di quelle, avevano diritto, ripetesi, mediante l'*actio tributoria* di costrin-

gere il *paterfamilias* a prestare quanto fosse da lui stato dato di meno del dovuto (vedi Teofilo, *Paraf.*, lib. IV, tit. 7), ed il *paterfamilias* non aveva la facoltà in tal caso, di prelevare i suoi crediti; egli veniva a contributo, alla pari degli altri creditori (*Instit.*, § 3, *quod cum eo*, IV, 7; fr. 1 *pr.*; fr. 5, § 11, 14; fr. 6; fr. 12, *Dig. de tribut. act.*, XIV, 4); da questo contributo, prese il nome l'azione in discorso.

β) Ogni qualvolta il *paterfamilias* aveva risentito vantaggio dalle convenzioni concluse dal figlio o dal servo, perchè queste erano ridondate a suo profitto (*in rem versum*), tal *paterfamilias* rimaneva obbligato fino a concorrenza del vantaggio risentito, e contro di lui poteva venire intentata l'*actio de in rem verso* (*Instit.*, § 4, *quod cum eo*, IV, 7; fr. 3, § 1, 10; fr. 7, 8, 9, 10, 20, 21, *Dig. de in rem verso*, XV, 3). Affinchè quest'obbligazione sorgesse nel *paterfamilias*, era necessario, che il figlio od il servo nel contrattare, avessero avuto intenzione di obbligarlo (fr. 7, § 4; fr. 10, § 5, 10, *Dig. eod.*); ma questa constatata, il *paterfamilias* rimaneva obbligato, eziandio quando il vantaggio risentito da lui, fosse in seguito di tempo venuto a mancare (fr. 3, § 7, 8, 10, *Dig. eod.*). Quantunque in origine l'*actio de in rem verso* fosse accordata soltanto contro il padre di famiglia, poi fu ammessa per analogia, ancora contro chiunque avesse risentito vantaggio (*in rem versio*) dalle convenzioni concluse da un suo amministratore o gestore di negozi, comunque persona libera ed estranea (*cost.* 7, § 1, *Cod. quod cum eo*, IV, 26; fr. 49, *Dig. de cond. indeb.*, XII, 6).

§ 514. Le azioni *institoria*, *exercitoria*, *de peculio*, *tributoria*, *de in rem verso*, sono dagli espositori del diritto Romano appellate azioni di *adiettizia* qualità (*actiones adjectitiæ qualitatis*), perchè mentre esse hanno un'indole loro propria e speciale, presuppongono tuttavolta l'esistenza di un'altra azione, resultante dalla convenzione, che l'*institor*, il *magister navis*, il figlio, il servo, il *negotiorum gestor*, hanno contratto, alla quale azione si aggiungono come un attributo, come una qualità. Ed esemplificando: se il debito contratto dall'*institor* proviene da vendita, il *dominus negotiationis* è convenuto con l'*actio venditi institoria*. È facile intendere, che debbono occorrere casi, nei quali il creditore potrebbe sperimentare, più di una fra queste azioni. Verbigrazia chi ha l'*actio tributoria*, o l'*actio exercitoria*, potrebbe

in qualche caso sperimentare l'*actio de in rem verso,* o *de peculio.* Sta al creditore allora a scegliere quella, fra queste azioni, che gli è più vantaggiosa, nelle circostanze speciali del fatto (*Instit.*, § 5, *quod cum eo,* IV, 7; GAJO, IV, 74).

d) *Actiones noxales.*[1]

(*Instit.*, lib. IV, tit. 8, *de noxalibus actionibus; Dig.*, lib. IX, tit. 4, *de noxalibus actionibus; Cod.*, lib. III, tit. 41, *de noxalibus actionibus; Instit.*, lib. IV, tit. 9, *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur; Dig.*, lib. IX, tit. 1, *eodem.*)

§ 515. Nell' antico diritto il *paterfamilias* era passibile delle azioni, che nascevano dalle obbligazioni conseguenza dei delitti del figlio o del servo; ma poteva sottrarvisi, abbandonandoli in risarcimento alla persona lesa, il che dicevasi *noxæ dedere* o

[1] Abbiamo detto poco sopra come ai termini del Codice i genitori, i tutori i precettori e gli artigiani sieno tenuti per i danni cagionati dai loro respettivi figli, amministrati, allievi ed apprendisti (vedi la nota al § 498 sui quasi delitti), e come il proprietario di un animale sia responsabile dei danni cagionati da esso (vedi art. 1153 e 1154).

Ma pel Codice nostro non è dato alla persona responsabile di questi danni liberarsi dalla responsabilità neppure con l'*abbandono* di chi cagionò il danno; mentre per diritto Romano il padre, il padrone, o proprietario non rispondevano del danno, se non nel caso in cui avessero preferito ritenere il figlio, il servo, l'animale, e non darli in risarcimento del danno cagionato. Un'altra differenza assai saliente fra il diritto Romano ed il Codice nostro in tali quistioni, si è questa, che il padre, il tutore ec. sono responsabili dei danni arrecati dai loro figli, amministrati ec. ammenochè (*essi non dimostrino di non aver potuto impedire il fatto dannoso* (art. 1153): sta dunque ad *essi a dimostrare e provare* che non poterono impedire il danno. Per diritto Romano, invece il padre e il padrone non erano propriamente responsabili dei danni arrecati dai figli e dai servi, se non veniva *dimostrato dall'accusa* che essi avevano dato l'ordine, il comando al figlio o al servo di danneggiare, o che non avevano voluto impedire il danno che impedire potevano (fr. 27, § 1; fr. 44; fr. 45, *Dig. ad legem Aquiliam;* fr. 2, *Dig. de noxalibus act.*). Quando *l' accusa ciò non avesse dimostrato,* con l'abbandono del servo o del figlio, si sottraevano a qualunque risarcimento; dunque per essi il risarcimento del danno non era un obbligo personale; per conseguenza senza una loro complicità o correità, vero e proprio obbligo personale di risarcire il danno non avevano. E quando cessò il diritto nei padri di esercitare la *noxæ deditio* relativamente al figlio, il figlio *doli capax* poteva essere perseguitato dal danneggiato; ed il padre non era responsabile che fino a concorrenza delle forze del peculio (*fr.* 35, *Dig. de noxalib. act.*) Queste stesse differenze, ed anche più marcate, si riscontrano nel caso che l' animale avesse recato danno. In diritto Romano, per incorrere nella responsabilità personale pel danno arrecato dall'animale, bisognava averlo eccitato, o essere colpevole di negligenza (fr. 52, § 2, *Dig. ad legem Aquil.*, fr. 1, § 4, 5, 7, *Dig. si quadrup.*) altrimenti con l'abbandono *propter noxam* si evadeva da qualunque responsabilità. Pel Codice nostro ci è sempre responsabilità personale nel padrone dell'animale; e l'abbandono *propter noxam* non è ammesso.

dare (vedi vol. I, lib. 1, § 90 e 130).[1] In seguito, la *noxæ deditio* pel figlio fu proibita, e rimase soltanto pel servo (*Instit.*, § 7, *h. t.*; fr. 33, 34, 35, *Dig. eod.*). L'offeso potè allora agire direttamente contro il figlio che aveva arrecato nocumento, e se ne otteneva la condanna, poteva costringere il padre a pagare o risarcire il danno col peculio del figlio, mediante l'*actio judicati de peculio* (*Instit.*, § 7, *h. t.*; fr. 3, § 12, *Dig. de peculio,* XV, 1; fr. 57, *Dig. de judiciis,* V, 1), azione per altro limitata alle forze del peculio. I delitti del servo danno sempre luogo, anche in gius Nuovo a delle azioni *noxales*. Le azioni dette *noxales* non sono azioni speciali, sono le azioni che nascono dal delitto commesso dal servo; sono per esempio, l'azione del furto, se il servo rubò, dell'ingiuria, se il servo arrecò contumelia, e così via discorrendo; ma sono appellate *noxales*, perchè il proprietario del servo, convenuto con quelle, è nell'alternativa contenuta nella condanna, o di pagare la pena, o di abbandonare il servo all'attore: *noxæ dedere* (Gajo, IV, 75; *Instit.*, § 2, *h. t.*, IV, 8, fr. 7, § 1, *Dig. de damno infecto,* XXXIX, 2; fr. 6, § 1, *Dig. de re judic.*, XLII, 1; fr. 61, § 5, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). Le azioni *noxales* sono in *rem scriptæ*, vale a dire possono venire dirette contro chiunque ha in sua potestà il colpevole nel momento in cui sono esercitate, onde il principio *noxa sequitur caput* (Gajo, IV, 77; *Instit.*, § 5, *h. t.*; fr. 2, § 1; fr. 3; fr. 4, *etc.*, *Dig. eod.*). Tali azioni si estinguono con la morte del servo. Se il servo *dato noxalmente,* trovava mezzo di procurarsi del danaro e di indennizzare la persona, cui era stato abbandonato, veniva dal pretore manomesso (*Instit.*, § 3, *h. t.*). Qualora il servo, autore di un delitto, fosse stato manomesso prima che venissero sperimentate le azioni *noxales*, che ne derivavano, poteva essere chiamato in giudizio, non già *noxalmente*, bensì direttamente *ex delicto.* Viceversa, se un uomo libero commetteva un delitto, e prima d'essere perseguitato pel medesimo diveniva servo, non lui direttamente con l'*actio ex delicto*, ma il suo padrone con le azioni *noxales,* doveva essere convenuto (*Instit.*, § 5, *h. t.*; Gajo, IV, 77; fr. 7, § 1, *Dig. de cap. min.,* IV, 5).

§ 516. Le azioni *noxales,* applicavansi ancora al danno ca-

[1] *Noxa* dicevasi il corpo che aveva arrecato il nocumento, *noxia* il delitto (*Instit.* § 1, *h. t.*, fr. 1, § 1, *Dig. si quadr. paup.*, IX, 1; fr. 238, § 3, *Dig. de verb. signif.*, L, 16).

gionato dagli animali, danno che si diceva *pauperies* (*Instit.,* lib. IV, tit. 9, *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur; Dig.* lib. IX, tit. 1, *eod.;* PAOLO, I, 15). Tre erano le azioni *noxales*, per ottenere il risarcimento del danno cagionato da un animale; 1° l'azione *de pauperie,* 2° *de pastu pecorum,* 3° l'azione *ædilitia.*

1°) Azione *de pauperie.* Quest' azione veniva sperimentata contro il proprietario attuale di un animale domestico, che avesse cagionato un danno, ma con un fatto *contrario alla sua indole* di animale mansueto, p. e., se un cavallo avesse dato un calcio (*Instit. pr., h. t.;* fr. 1, § 4, *Dig. eod.*). L'azione in discorso che derivava dalla legge decemvirale, seguitava l'animale in mano di chiunque passasse; si estingueva con la morte dell' animale, se non era stata intentata prima di quella morte. Il proprietario aveva l'ozione, o di risarcire il danno cagionato dall'animale, o di abbandonarlo *noxalmente* al danneggiato; di qui il carattere *noxale* dell'azione *de pauperie* (*Instit. pr., h. t.;* fr. 1 *pr.;* fr. 3, *Dig. eod.*). Qualora il danno arrecato dall' animale, fosse avvenuto perchè desso era stato eccitato dall' offeso, verbigrazia a cozzare od a scalciare, l' offeso non aveva azione alcuna; e qualora l'eccitamento all' animale fosse derivato da persona diversa dall' offeso, questi poteva agire contro l' eccitatore ai termini della legge Aquilia (fr. 1, § 7, *Dig. h. t.*).

2°) Azione *de pastu pecorum.* Con tale azione si otteneva il risarcimento del danno, che il bestiame avesse potuto arrecare, ma operando a seconda della sua natura. A mo' di esempio: si otteneva il risarcimento del danno, che avesse prodotto introducendosi a pascolare nelle altrui terre; siffatta azione era *noxalis* come la precedente (PAOLO, I, 15, 1; fr. 14, § *ult., Dig. de præscript. verbis,* XIX, 5). Quando il proprietario avesse condotto il bestiame a cagionare quel danno, era passibile delle pene comminate dalla legge Aquilia (*cost. ult., Cod. de lege Aquilia,* III, 35).

3°) Azione *ædilitia.* L'Editto degli Edili vietava di tenere sulla via pubblica, o sciolto o con catena così lunga che lasciasse libertà di nuocere, un cane mordace, un cignale, un orso, ed in genere qualunque animale pericoloso. Ove in seguito della contravvenzione a questa regola di prudenza, un uomo libero fosse stato ucciso, il proprietario dell' animale che aveva cagionato quell' uccisione, era obbligato mediante un' azione, detta *ædilitia, perchè fondata sull' Editto,* a pagare 200 aurei; ed ove un uomo

libero fosse stato soltanto ferito, il giudice tassava arbitrariamente una pena a carico del proprietario; per qualunque altro danno cagionato da quell'animale, il proprietario era condannato nel duplo (*Instit.*, § 1, *h. t.*; PAOLO, I, 15, 2; fr. 40 e 42, *Dig. de ædil. æd.*, XXI, 1).

III.

§ 517. La legge attribuisce forza obbligatoria all'equità, nei casi seguenti:

a) Chiunque ha ricevuto una cosa da altri, senza diritto di averla, o di ritenerla, è obbligato a renderla: è mediante la *condictio sine causa*,[1] che viene costretto ad eseguire siffatta re-

[1] Il Codice nostro dichiara che l'obbligazione *senza causa*, o fondata sopra una *causa falsa*, od *illecita*, non può avere alcuno effetto (art. 1119).

Premettiamo che per *causa* dell'obbligazione non si intende il motivo *remoto* che ha spinto a contrarre il vincolo obbligatorio, bensì il motivo *immediato* e *giuridico* del vincolo stesso. Taluno esempigrazia può essere mosso a vendere perchè ha bisogno di avere del contante; questo è un motivo remoto, e la legge non se ne occupa; la legge si occupa soltanto del motivo immediato e giuridico, il quale nella vendita è l'obbligazione del compratore di pagare il prezzo. Nei contratti sinallagmatici la causa o motivo giuridico dell'obbligazione di ognuna delle parti contraenti è l'obbligazione correspettiva dell'altra parte: il venditore p. e. si obbliga a dare la cosa, perchè il compratore si obbliga a pagare il prezzo, e viceversa. Nei contratti unilaterali a titolo oneroso la causa dell'obbligazione è l'utilità che l'altra parte procura: il mutuatario p. e., si obbliga a restituire altrettanto nel medesimo genere di quanto ha ricevuto, appunto perchè ha ricevuto. Nei contratti unilaterali a titolo *gratuito*, esempigrazia nella donazione, la causa o motivo giuridico, è l'animo di beneficare il donatario.

Il contratto, dice l'articolo 1120, è *valido quantunque non sia espressa la causa*. Nei contratti sinallagmatici o bilaterali, la causa può essere omessa senza pericolo, perchè risiede sempre nell'obbligazione correspettiva dell'altra parte, ma, negli unilaterali è *utile* spiegare la causa. Il contratto è valido anche senza espressione di causa, ma la parte che vi figura come debitore potrebbe obiettare che fu concluso senza causa, o per causa illecita, e pretendere così di invalidarlo; quindi l'opportunità di indicare la causa.

Il Codice presume l'esistenza di una causa; *la causa si presume* (si legge nell'art. 1121) *sino a che non si provi il contrario;* sta dunque a chi figura come debitore e pretende di non esserlo, a provare che l'obbligazione fu contratta senza causa. Se taluno p. e. si obbligò a pagarci 1000, senza indicare la causa, ove poi pretenda non pagare, sostenendo che si obbligò senza causa (*sine causa*) deve provarlo. Non vi ha che un pazzo che voglia obbligarsi *sine causa*, senza causa, ed il pazzo non è capace di obbligazione, laonde quest'obbligazione è inefficace.

Chi si obbliga a dare, perchè crede erroneamente di dovere (*falsa causa*), scoperto l'errore non deve più dare; l'errore fu *causa* della sua obbligazione (*causam dans*) senza di esso non avrebbe consentito: dunque la obbligazione è inefficace, è nulla.

Chi si obbliga a dare affinchè altri commetta un'azione illegale, o immorale (*ob turpem causam*) non si obbliga efficacemente; vi resiste la legge. Tali sono le ragioni per cui sono inefficaci le obbligazioni 1° senza causa (*sine causa*), 2° per una falsa causa, 3° per causa illecita (*ob turpem causam*).

stituzione, quando manchi un'azione speciale, che possa far conseguire lo stesso resultato (*Dig.*, lib. XII, tit. 7, *de condictione sine causa; Cod.*, lib. IV, tit. 9, *de condictione ex lege sine causa*). Per la *condictio sine causa* si ottiene la restituzione della cosa coi suoi frutti, o interessi, e con le sue accessioni (*arg.* fr. 50, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 32, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1). La *condictio indebiti*, lo vedemmo, viene intentata in un caso speciale nel quale trova applicazione il principio generale di equità, che anima la *condictio sine causa*; è probabile, che la *condictio sine causa* fosse introdotta generalizzando la *condictio indebiti.*

b) Chiunque ha ricevuto una cosa da un altro, per dare in contraccambio o un' altra cosa, o per fare una prestazione equivalente, quando non dia o non faccia il promesso, è obbligato a restituire ciò che ebbe. La *condictio causa data*, *causa non secuta*, detta ancora *condictio ob causam datorum*, è l' azione con la quale si ottiene l' adempimento di siffatta obbligazione (*Dig.* lib, XII, tit. 4, *de condictione causa data causa non secuta; Cod.* lib. IV, tit. 6, *de condictione ob causam datorum*). Facilmente si riconosce quanto fosse necessaria l' introduzione di questa azione per ripetere la cosa data, ove si consideri che la proprietà della medesima passa nell' accipiente per l' esistenza nel trasferente dell' intenzione di trasferirne la proprietà, e nell' accipiente dell' intenzione di acquistarla (vedi vol. I, lib. 2, § 111). Affinchè possa sperimentarsi la *condictio* in esame, è necessario che la cagione per cui la cosa venne consegnata, fosse lecita (fr. 1, *Dig. h. t.*); ma non importa che quella cagione, fosse espressa; basta che si possa provare che esisteva, perocchè quello che fu dato senza lo scopo di ricevere un contraccambio, si considera come donato, e non può essere ripetute (fr. 3, § 8, *Dig. h. t.; cost.*7, *Cod. eod.*). Molti sono i casi, nei quali può essere necessario d' intentare la *condictio causa data, causa non secuta;* nel trattare dei contratti reali innominati già vedemmo una importante applicazione della medesima (vedi sopra, § 308), e altre applicazioni occorrono in materia di donazioni *modali*, di legati e di fidecommessi *modali*, in cui il *modus* non sia stato adempiuto dall' accipiente, obbligato giuridicamente ad adempierlo. Mediante la *condictio* in discorso, si ottiene eziandio da un mandatario, o da un *negotiorum gestor*, la restituzione di ciò che gli fu dato, ove il mandante o il *dominus rei gestæ* non ratificassero la loro gestione. Vale ugual-

mente a ripetere quello che venne dato, onde ottenere una liberazione, qualora questa non siasi conseguita, e quello che fu dato per transazione, quando l'altra parte non la rispetta. Finalmente, la *condictio causa data, causa non secuta,* può essere intentata ancora, se non si verificò l'evento, in considerazione del quale una cosa era stata respettivamente data e ricevuta; a mo' di esempio, con la medesima si può ripetere la dote data in contemplazione di un matrimonio, che non fu concluso, o il legato pagato in ordine ad un testamento dichiarato nullo.

c) Chiunque ha ricevuto una cosa, per un fine o motivo turpe pel ricevente (*turpiter acceptum*), è obbligato a restituirla (*cost.* 4, *Cod. h. t.;* fr. 1, 2; fr. 4, § 2; *Dig. eod.*). A tale effetto, viene intentata contro di lui la *condictio ob injustam seu turpem causam* (*Dig.,* lib. XII, tit. 5, *de condictione ob turpem vel injustam causam; Cod.,* lib. IV, tit. 7, *de condictione ob turpem causam*). Ma se la vergogna e la turpitudine, stanno in chi diede la cosa (*turpiter datum*), a costui non lice ripetere ciò che diede (fr. 4, § 3, *eod.*): come non ha la facoltà di ripeterla, se la turpitudine è tanto in lui, quanto in chi la ricevè (fr. 2, § 2; fr. 3, 4, 8, *Dig. h. t.;* fr. 128 *pr., Dig. de reg. juris,* L, 17).

d) Nel diritto Marittimo dell'isola di Rodi, fu consacrato il principio di equità naturale, che il danno resultante dal getto di tutte o di parte delle merci che si trasportano su di una nave, getto operato onde salvare la nave o le altre merci non gettate, che sono sulla nave stessa, venga repartito fra i proprietari della nave, delle merci gettate, e le persone a vantaggio delle quali il getto fu operato (*Dig.,* lib. XIV, tit. 2, *ad legem Rhodiam de jactu*). La legislazione Romana adottò lo stesso principio (fr. 2, § 1, *Dig. h. t.,* XIV, 2), anzi lo estese al caso in cui per salvare la nave dai pirati, fosse stato necessario venire a patti coi medesimi e cedere loro tutto o parte del carico (fr. 2, § 3, *Dig.,* fr. 4 *pr., h. t.*), ed al caso in cui per salvare la nave ed il carico, fosse stato necessario tagliare gli alberi, o abbandonare le ancore della medesima (fr. 3; fr. 5, § 1; fr. 6, *Dig. h. t.*). Ma affinchè quel principio trovasse applicazione, addimandavasi:

1) che ricorresse la necessità del getto, per salvare la nave o il rimanente del carico, da un pericolo derivante da forza maggiore (fr. 2, § 2, *Dig. h. t.*; fr. 14, *Dig. de præscr. verb.,* XIX, 5),

2) che le cose gettate, fossero deteriorate, o perdute affatto, pel getto (fr. 2, § 7, 8; fr. 4, § 2, *Dig., h. t.*).

3) che il getto, fosse eseguito con l'intendimento di salvare la nave, o la rimanente parte del carico (fr. 2, § 1, *Dig. h. t.*).

4) che pel getto, la nave o la rimanente parte del carico fossero salvate (fr. 4 e 5, *Dig. h. t.*). Se nonostante il getto, la nave o il rimanente delle merci perirono, i proprietari delle merci gettate non hanno nessun diritto da sperimentare; ma se invece furono salvate pel getto, nel momento in cui questo avvenne, comunque poi sieno perite per altra burrasca avuta a soffrire prima d'arrivare al loro destino, i proprietari delle merci gettate, hanno diritto che la perdita delle medesime sia risentita eziandio dai proprietari delle merci, che potessero essere recuperate dal mare (fr. 4, § 1, *Dig. h. t.*). Ad operare la repartizione del danno, conseguenza del getto, fra i proprietari delle merci gettate, ed i proprietari delle merci e della nave salvate grazie al getto, fa di mestieri sommare insieme il valore della nave e delle merci così salvate, come gettate. Il proprietario della nave viene a contributo pel valore della medesima, i proprietari delle merci salvate pel loro valore nel luogo dello scarico, i proprietari delle merci gettate, pel prezzo al quale le comprarono; ma le vettovaglie non vengono in contributo (fr. 2, § 2; fr. 4, § 2, *Dig. h. t.*). Dalla legge Rodia non essendo stata introdotta nessuna azione particolare, i proprietari delle merci gettate dovevano sperimentare contro il *magister navis*, o l'*exercitor*, l'*actio conducti;* questi aveva rivalsa contro coloro le cui merci erano state salvate, con l'*actio locati* (fr. 2 *pr., Dig. h. t.;* fr. 1, § 1; fr. 14 *pr., Dig. de præscr. verb.*, XIX, 5).[1]

e) Il possessore di una cosa *mobile*, o di un pubblico o privato istrumento che altri abbia interesse, e necessità di esaminare, per convincersi se quella è la cosa che egli vuole rivendicare, se quello istrumento fa fede dei diritti che egli pretende di avere, tal possessore diciamo, è obbligato ad esibire quella cosa o quell'istrumento, mediante l'*actio ad exhibendum* (*Dig.*, lib. X, tit. 4, *ad exhibendum; Cod.*, lib. III, tit. 42, *eodem*). Non si ha facoltà di intentare l'*actio ad exhibendum*, se non si dimostra:

[1] Regole analoghe a queste occorrono nel vigente Codice di commercio. (art. 519 e seg.)

1° L'interesse ad ottenere l'esibizione.

2° L'esistenza della cosa, o dell'istrumento, presso il reo convenuto.

3° La mancanza di altro mezzo, diverso dall'esibizione, per giugnere a conoscere il vero (fr. 3, § 9, 13; fr. 5, § 6; fr. 13; fr. 19, *Dig. h. t.*). Quest'azione si intenta, non solo contro qualunque detentore della cosa, che si vuole venga esibita (fr. 3, § 15; fr. 4; fr. 6, *Dig. h. t.*); ma eziandio contro chi si è posto dolosamente nell'impossibilità di esibire, *qui dolo fecit quominus possideret* (fr. 9 *pr.*, § 1, 4; fr. 12, § 3; fr. 14, *Dig. h. t.*). Il giudice commina una pena pecuniaria al reo convenuto, ove egli non esibisca (*Instit.*, § 31, *de act.*, IV, 6; § 3, *de of. jud.*, IV, 17). La esibizione per altro si fa a spese dell'attore (*Instit.*, § 3, *de off. jud.*, IV, 17; fr. 9, § 5; fr. 11, § 1, *Dig. h. t.*). Il reo convenuto che si ricusa di esibire, o che si è posto per dolo o per colpa nell'impossibilità di eseguire l'esibizione, viene condannato a prestare all'attore l'*id quod interest* (fr. 3, § 2; fr. 5, § 2; fr. 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13, *Dig. h. t.*), il quale *quod interest*, in caso di dolo del reo convenuto, viene stabilito dal giudice, mediante il giuramento deferito all'attore (fr. 3, § 2, *Dig. eod.*). L'*actio ad exhibendum*, benchè introdotta per abilitare chi vuole rivendicare una cosa, a constatare se veramente è quella sua (fr. 3, § 7, *Dig. h. t.*), fu poi estesa ad altri usi. Così fu data quest'azione:

1° per ottenere la separazione di una cosa dell'attore, congiunta con altra del reo convenuto in modo da formarne una sola; in tal caso non sarebbe possibile all'attore di rivendicare la cosa sua, perchè non ha una esistenza separata e distinta; onde il bisogno di ottenerne preventivamente la separazione, e questa separazione appunto si consegue mediante l'*actio ad exhibendum*[1] (fr. 6, *Dig. h. t.*; vedi vol. I, lib. 2, § 137).

2° Per ottenere che sieno esibite le due cose legate alternativamente a scelta del legatario; mercè la quale esibizione, il legatario può scegliere con cognizione di causa (fr. 3, § 6; fr. 12, § 2, *Dig. h. t.*; fr. 8, § 3, *Dig. de opt. vel elect. leg.*, XXXIII, 5).

3° Per ottenere che sia esibita una cosa caduta *accidentalmente* (fr. 5, § 4, 5, *Dig. eod.*), o in *qualunque non legittimo modo*, in potere altrui (fr. 7, § 1, *Dig. de condict. furt.*, XIII, 1; fr. 1,

[1] Concordano gli articoli 464, 466, 471.

§ 6, *Dig. de vi et vi armata*, XLIII, 16; *cost.* 9, *Cod. h. t.*, III, 42); ed in altri casi ancora (fr. 3, § 3, 12; fr. 12, § 2, *Dig. h. t.*). L'*actio ad exhibendum* è di sua natura ún'azione *preparatoria* all' esercizio di un qualche diritto; ma talvolta essa ha per effetto di farci conseguire il resultato stesso, che dall' esercizio di quel diritto noi speravamo conseguire; ed allora rende inutile cotale esercizio. Esempigrazia, suppongasi, che l'*actio ad exhibendum* fosse intesa ad ottenere la separazione di una cosa nostra da quella del reo convenuto, preparatoria a rivendicare poi quella prima: e che per colpa o per dolo del reo convenuto, la cosa nostra fosse perita; allora l'*actio ad exhibendum* facendoci ottenere l'*id quod interest*, che la *rei vindicatio* avrebbe potuto procurarci in seguito, l'esperimento di quest' ultima è reso inutile (fr. 5, § 2; fr. 9, § 1, *Dig. h. t.*).

f) Altrove abbiamo trattato della obbligazione che incombe al proprietario di un edifizio rovinoso, di garantire mediante la *cautio damni infecti*, il proprietario limitrofo dal danno, che per quella rovina potrebbe risentire (vedi sopra § 319, n° 1, e vol. I, lib. 2, § 74, lett. b), n° 7); attalchè non staremo a ripetere qui le nostre parole.

PARTE IV.

Modi di garantire l' esecuzione delle obbligazioni.

§ 518. Le garanzie, che possono assicurare il creditore dell' esecuzione dell' obbligazione contratta verso di lui dal debitore, possono essere: 1° *reali*, o 2° *personali*. *Reali* come il pegno e l' ipoteca, *personali* come la

INTERCESSIONE.

L' intercessione è una *convenzione per la quale, taluno trattando col creditore di un altro, o con chi deve, o doveva divenirlo, volontariamente assume a proprio carico il debito presente o futuro di quello, e si obbliga a pagare per costui.* Quattro condizioni si addimandano alla esistenza dell' intercessione:

1° Che sia *spontanea*, vale a dire fatta senza esservi obbligati (fr. 24, *Dig. ad SC. Vellej.*, XVI, 1).

2° Che abbia per effetto di imporre un' obbligazione; l'intercedente deve cioè farsi *debitore*, non già *pagare* per un altro (fr. 4, § 1; fr. 5; fr. 8, § 2, *Dig. ad SC. Vellej.*, XVI, 1, *cost.* 4, *Cod eod.*, IV, 29).

3° Che sia relativa ad un debito altrui, non proprio; ossia l'intercedente deve sottoporsi ad un'obbligazione, che faceva carico o farà carico ad altri, non a sè (fr. 3; fr. 13; fr. 19, § 2, 3, *Dig. ad SC. Vell.*, XVI, 1).

4° Che sia conclusa col creditore non col debitore, in altri termini, l'intercedente si deve obbligare verso il creditore presente o futuro della persona per la quale intercede, e non deve già obbligarsi verso il debitore a pagare il suo debito presente o futuro (fr. 32 *pr.*; fr, 13; fr. 19, § 3, *Dig. ad SC. Vell.*, XVI, 1).

§ 519. Considerando l'intercessione negli effetti che produce, di fronte alla persona per la quale è prestata, vuole essere distinta: in *privativa* e *cumulativa*.

a) È *privativa*, quando ha per effetto di liberare la persona per la quale interveniamo, e dicesi allora *espromissione*. È *privativa*, eziandio nel caso in cui ha per iscopo di impedire che altri si obblighi; quando cioè taluno assume l'obbligazione che altri dovrebbe assumere, dispensandolo dal divenire debitore. Tale intercessione riceve allora il nome speciale di *intervenzione*. L'intercessione privativa, che ha nome di *espromissione*, presuppone sempre l'estinzione dell'obbligazione della persona per la quale intercediamo, e perciò ne tratteremo quando diremo dei modi coi quali si estinguono le obbligazioni. L'intercessione privativa che ha nome di *intervenzione*, non ha nulla di notevole, talchè ci passeremo dal trattarne.

b) *Cumulativa* dicesi l'intercessione, quando l'obbligazione che assumiamo si aggiunge all'obbligazione di un altro, accede a quella, esistendo ambedue insieme. Tale intercessione cumulativa occorre in due guise:

1° Possiamo accedere all'obbligazione altrui in guisa, che il creditore abbia in noi e nel primitivo suo debitore, due debitori ugualmente principali, insomma due *correi debendi*; ed allora sono applicabili le regole della *correalità*, e

2° Possiamo accedere all'obbligazione altrui in guisa, che noi intercedenti siamo debitori accessorii (*in subsidium*) di colui

che già per lo innanzi era debitore. È di questa ultima maniera di intercessione cumulativa, che ci proponiamo ora di occuparci. A Roma si contraeva mediante: A) La fideiussione; B) il costituto di un debito altrui; C) il mandato qualificato.

A) Fideiussione (*Fidejussio*).

(*Instit.*, lib. III, tit. 20, *de fidejussoribus*; *Dig.*, lib. XLVI, tit. 1, *de fidejussoribus*; *Cod.*, lib. VIII, tit. 41, *de fidejussoribus*.)

§ 520. La forma più comune della intercessione cumulativa sussidiaria, era ai tempi giustinianei la *stipulatio*, la quale in questa sua applicazione speciale chiamavasi *fidejussio*. La fideiussione può essere definita: ***la promessa fatta per mezzo della stipulazione, di pagare il debito di un altro, nel caso in cui questi non potesse satisfare il creditore nell' epoca stabilita.*** Nei primi tempi di Roma, il cittadino il quale voleva che un altro si obbligasse *in subsidium* a pagare il debito di un terzo, adoperava nello stipulare, le formule della *sponsio*; vale a dire il creditore, che aveva già ottenuto dal suo principale debitore la risposta *spondeo*, alla sua interrogazione *dari spondes?*, interrogava la persona che desiderava si facesse intercedente, domandandogli *idem spondes?*; e se questi voleva obbligarsi, doveva rispondere: *spondeo* (Gajo, III, 116). Tal formula della *sponsio* era propria dei soli cittadini Romani, non poteva essere proferita che in latino, ed aveva per oggetto soltanto un *dare*. In seguito il Pretore peregrino introdusse pei peregrini un' altra formula, la formula *fidepromittis? fidepromitto;* la quale poteva essere pronunziata in qualunque lingua. Chi voleva intercedere, alla domanda *idem fidepromittis?*, doveva rispondere: *idem fidepromitto*. Eziandio questa formula aveva per obietto soltanto un *dare*, e non poteva essere aggiunta se non se ad un' obbligazione contratta verbalmente. Non sappiamo bene in che, prescindendo dalla diversità della formula e dalla qualità delle persone che la proferivano, la *sponsio* e la *fidepromissio* differissero fra loro, e Gajo stesso (*Com.*, III, 118) si limita a dire, che la condizione giuridica dello *sponsor* era simile a quella del *fidepromissor*. Simili erano davvero queste condizioni, perocchè quelle due istituzioni producessero effetti analoghi; infatti tanto la *sponsio* quanto la *fidepro-*

missio, non potevano essere aggiunte se non che ad un' obbligazione *verbis contracta*, e che avesse per obietto un *dare*; come *lo sponsor* così il *fidepromissor* non aveva facoltà di obbligarsi a più del promittente principale, mentre obbligarsi a meno potevano; l' obbligazione dell' uno e dell'altro era *personale*, non passava dunque agli eredi; ambedue erano passibili direttamente dell'*actio ex stipulatu* (GAJO, III, 118, 120), e se pagavano pel debitore principale, avevano diritto di farsi rimborsare, mediante l'*actio mandati contraria* (GAJO, III, 127). Esistendo insieme più *sponsores* o *fidepromissores* per lo stesso debito, ognun di essi poteva nei primi tempi, essere obbligato a pagarlo per intiero; ma questa regola fu modificata da diverse disposizioni legislative. La *lex Apuleja* (dell' anno 652 di Roma), stabilì una specie di società fra i più *sponsores*, o fra i più *fidepromissores*, di modo che se l' uno aveva pagato più della sua quota parte, era autorizzato a ripetere quest' eccedente dagli altri (GAJO, III, 122). Un'altra legge, il cui nome è illeggibile nel manoscritto di Gaio (che alcuni credono fosse la stessa *lex Apuleja*, e che il Puchta pensa fosse la *lex Crepereja*, quella stessa della quale occorre fatta menzione nelle *sponsiones* della procedura), esigeva che il creditore il quale accettava degli *sponsores* o dei *fidepromissores*, dichiarasse pubblicamente e prima di accettarli, per *quale oggetto* li riceveva, e *quanti* ne avrebbe ricevuti. In mancanza di queste dichiarazioni, gli *sponsores* ed i *fidepromissores* potevano dentro 30 giorni intentare un' azione pregiudiciale, per far constatare che la dichiarazione voluta dalla legge non era stata emessa, e per farsi conseguentemente dichiarare liberati dall'obbligazione contratta (GAJO, III, 123). La *lex Furia* che si pretende da taluni avesse l' adiettivo *de sponsu*, e che fu posteriore alla *lex Apuleja* (sebbene non sappiasi di quanto), limitò le obbligazioni degli *sponsores* e dei *fidepromissores* a due anni, e ordinò che ciascheduno dei più *sponsores* o *fidepromissores* non fosse escusso se non che *pro rata*, cioè per una parte proporzionale al loro numero (GAJO, III, 121). Tal *lex Furia* era applicabile in origine soltanto all' Italia, ma in seguito gli *sponsores* e *fidepromissores* delle provincie, furono ammessi ad invocare il rescritto dell' imperatore Adriano, *Epistola divi Adriani*, il quale permetteva ad ogni fideiussore escusso dal creditore, di ottenere che fosse divisa l'azione fra tutti i confideiussori solventi

(GAJO, III, 121, 122; *Instit.*, § 4, *de fidejus.*, III, 20). La *lex Publilia*, dell'anno 669 di Roma, accordò allo *sponsor* che aveva pagato, e che dentro *sei mesi* non era stato rimborsato, un'azione in *duplum* contro il debitore principale, chiamata *actio depensi* (GAJO, III, 127). Quest'azione era speciale alla *sponsio*, e non si applicava alla *fidepromissio;* portava l'applicazione di una pena al debitore, che rifiutavasi di indennizzare lo *sponsor;* e non era incompatibile con l'*actio mandati contraria,* che spettava ad ogni obbligato *in subsidium* contro il debitore principale (GAJO, III, 127; IV, 22). Finalmente una *lex Cornelia* proibì, sotto pena di nullità, che la *stessa persona* si obbligasse per lo *stesso debitore,* verso il *medesimo creditore,* nell'*anno medesimo,* per *più di* 20,000 *sesterzi* (GAJO, III, 124, 125). Tali sono le notizie istoriche somministrateci da Gajo intorno alla *sponsio* ed alla *fidepromissio,* instituzioni che durarono fino alla fine del terzo periodo. Ma a lato alle medesime, l'uso aveva introdotto sul finire della Repubblica, altra forma verbale per accedere alle obbligazioni altrui, la quale si svolse sotto il titolo di *fidejussio*, avendo come formula le parole *idem fidejubes? fidejubeo.* La *fidejussio* aveva il vantaggio di essere accessibile a tutti, cittadini e peregrini; era applicabile non solamente alle obbligazioni verbali, ma ben anco alle reali, litterali e consensuali, e perfino alle obbligazioni naturali purchè non riprovate dal giure; poteva avere per obietto oltre il *dare,* eziandio il *facere* ed il *præstare;* e dava vita ad un' obbligazione, che passava negli eredi sì del promittente che dello stipulante. I *fidejussores* non erano, come gli *sponsores* ed i *fidepromissores,* liberati dopo due anni, perocchè ad essi la *lex Furia* non si estendesse: erano per l' opposito obbligati sempre; ma per altra parte anche i *fidejussores* non potevano obbligarsi *a più* del debitore principale, mentre *a meno* potevano obbligarsi; e se uno di essi avesse pagato pel debitore principale, aveva contro gli altri l'*actio mandati contraria* per recuperare quanto aveva sborsato. Questi vantaggi della *fidejussio* sulla *sponsio* e. sulla *fidepromissio,* furono causa che quelle due più antiche forme andassero a poco a poco in disuso, e fossero poi assolutamente surrogate dalla *fidejussio,* la quale nel diritto Giustinianeo sussiste come unica forma di intercessione cumulativa.

§ 521. La fideiussione presuppone l'esistenza di una obbli-

gazione principale cui accede, e quell' obbligazione può essere tanto civile quanto naturale, purchè non sia un' obbligazione riprovata (*Instit.*, § 1, *h. t.*; fr. 16, § 3, 4, *Dig. eod.*);[1] può essere come un' obbligazione presente, così un' obbligazione futura (fr. 6, § 2, *Dig. eod.*), bene inteso che per riguardo al debito futuro, il fideiussore del medesimo non rimane obbligato che dal momento in cui ha avuto vita; il fideiussore, contraendo un' obbligazione accessoria, deve obbligarsi alla prestazione che fa carico al debitore principale, *non ad altra* (fr. 8, § 8; fr. 42, *Dig. h. t.*), può obbligarsi *a meno*, ma non *a più* del debitore principale: *nec plus in accessione esse potest, quam in principali re*, attalchè non può obbligarsi a pagare puramente e semplicemente, quello che il debitore principale deve sotto condizione o in modo alternativo; nè a pagare in luogo più incomodo, o dentro termine più breve (GAJO, III, 126, *Instit.*, § 5, *h. t.*; fr. 8, § 7, 8; fr. 16, § 1, 2; fr. 34; fr. 38, *Dig. eod.*).[2] Ciò non pertanto lice al fideiussore obbligarsi *più efficacemente* del debitore principale; laonde, può aggiungere alla sua promessa la costituzione di un' ipoteca; ed il fideiussore di un' obbligazione naturale, si obbliga *civilmente*, mentre il debitore principale è obbligato solo *naturalmente*. L'obbligazione del fideiussore, a più del debitore principale, è radicalmente nulla, e non riducibile dentro i limiti del debito principale[3] (fr. 8, § 7; fr. 34, *Dig. h. t.*).

§ 522. La fideiussione si conclude mercè il concorso dei consensi del creditore e del fideiussore, ma non si richiede il consenso del debitore principale.[4]

§ 523. Abbiamo detto che la fideiussione si poneva in essere mediante la *stipulatio*: se non che quando invalse l'uso di prestare piena fede agli *istrumenti*, che si redigevano dalle parti, qual prova delle loro stipulazioni (vedi sopra, § 317) si cominciarono a fare le fideiussioni per iscritto; già da Ulpiano si riteneva che: « si quis scripserit, se fidejussisse, videri omnia solemniter acta » (fr. 30, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1), allorchè Giustiniano stabilì che le fideiussioni semplicemente verbali, se non erano fatte *cum attestatione*, cioè innanzi al magistrato od a testimoni, valessero

[1] Concorda l'art. 1899.
[2] Concorda l'art. 1900.
[3] Discorda l'art. 1900, capoverso 2°, che sanziona l'opposta regola, propria del *constitum debiti alieni*.
[4] Concorda l'art. 1901.

soltanto per due mesi: e quelle scritte, per tutto il tempo fissato dalle parti *cost.* 27, *Cod. h. t.*)[1]

§ 524. La fideiussione ha per effetto di far nascere relazioni giuridiche:

a) fra creditore e fideiussore,

b) fra fideiussore e debitore principale.

a) *Fra creditore e fideiussore.*

§ 525. Gli effetti della fideiussione sono i seguenti:

a) il creditore acquista il diritto di farsi pagare dal fideiussore, o mallevadore, che dire si voglia, quando il debitore principale sia insolvente[2] (*Instit.,* § 2, *h. t.;* fr. 4, § 1, *Dig. eod.*). Il fideiussore, che si è obbligato puramente, è obbligato a pagare oltre il debito principale, tutti i suoi accessorii, cioè le usure convenzionali e legali, la penale, e le spese processali (fr. 32 *pr.*, *Dig. de adm. et peric. tut.*, XXVI, 7; fr. 56, § 2, *in f.;* fr. 58, *Dig. h. t.*),[3] ma non già le usure convenzionali promesse dal debitore dopo la fideiussione (fr. 54, *Dig. h. t., cost.* 4, *Cod. de usuris,* IV, 32, *cost.* 7, *Cod. de loc. et cond.*, IV, 65).

b) In origine il creditore aveva il diritto di escutere a suo

[1] L'articolo 1902 esplicitamente sanziona il principio di ragione comune che la fideiussione non si presume; ma deve essere *espressa*, e non può estendersi *oltre i limiti* nei quali fu contratta.

Per l'articolo 1904 il debitore *obbligato* a dare sicurtà, deve presentare *persona capace* di contrattare, che posseda *beni sufficienti* per cautelare l'obbligazione, e che abbia il suo *domicilio* nella giurisdizione della Corte d'Appello in cui si deve prestare la sicurtà.

La solvenza di un debitore non si misura che in ragione dei suoi beni capaci d'ipoteca, eccetto che si tratti di materie di commercio, o il debito sia tenue (art. 1905). Pel fine accennato non si tiene conto dei beni litigiosi, nè di quelli situati a tale distanza da rendere troppo difficili gli atti esecutivi sopra i medesimi (art. 1905, capoverso, col quale concordano in sostanza i fr. 3, *Dig. de fidejuss.* e fr. 7 e 8, § 1, *Dig. qui satisd. cog.*)

Per l'art. 1906 del Codice, quando il fideiussore accettato dal creditore *volontariamente* o *giudizialmente*, sia divenuto in appresso non solvente, se ne deve dare un altro. Questa regola soggiace ad eccezione nel solo caso in cui il fideiussore non sia stato dato che in forza di una *convenzione*, con la quale il creditore *ha voluto* per fideiussore quella determinata persona (art. 1906). In diritto Romano, se il fideiussore diveniva insolvente, quando fosse stato un fidiussore per cauzione *imposta dal Pretore,* poteva costringersi a darne un altro solvente, colui al quale il pretore aveva imposta siffatta cauzione, ma se il fideiussore divenuto insolvente era dato per cauzione *convenzionale*, non vi era mezzo giuridico per costringere chi lo aveva dato a sostituirne un altro; una volta accettato non si poteva pretendere che fosse mutato per motivo di insolvenza sopravvenuta (fr. 4, *Dig. de præt. stip.;* fr. 10, *Dig. qui satisd. cog.;* fr. 3, *Dig. ut in possess. leg. nom.*)

[2] Concorda l'art. 1898.

[3] Concorda l'art. 1903, il quale fa menzione anche delle spese della prima domanda, e delle spese tutte posteriori alla denunzia fatta al fideiussore.

arbitrio, o il debitore principale, o il mallevadore (*cost.* 5, 19, 20, 23, *Cod. de fideius.*, VIII, 41), ma questo principio fu modificato da Giustiniano con la sua *Novella* 4, *cap.* 1, con la quale accordò al fideiussore il così detto benefizio dell'ordine o dell'escussione, *beneficium ordinis seu excussionis*, cioè la facoltà di esigere che il creditore escuta in precedenza il debitore principale.[1] Di tal benefizio non può profittare il fideiussore:

[1] Ancora per l'articolo 1907 del Codice il fideiussore non è tenuto a pagare il creditore se non in mancanza del debitore principale, il quale deve *preventivamente essere escusso*, eccetto che il fideiussore abbia rinunziato al *benefizio dell'escussione*, o siasi *obbligato in solido col debitore*. Se si obbligò *in solido* col debitore l'effetto della sua obbligazione si regola con gli stessi principii stabiliti riguardo ai *debitori in solido* (cit. art. 1907). Ed i debitori *in solido* non godono del *benefizio dell' escussione*, e neppure di quello *della divisione* (art. 1189).

Per l'articolo 1908 il creditore non è tenuto ad *escutere* il debitore principale, se non quando il fideiussore ne faccia istanza *ne' primi atti* della causa contro di lui promossa. Ed anche per diritto Romano *l' eccezione dell' ordine o dell' escussione*, essendo eccezione *dilatoria*, avrebbe dovuto essere opposta prima della contestazione della lite. (*cost.* 19, *Cod. de probat.*)

Il fideiussore che fa istanza per l'escussione, *deve indicare al creditore* i beni del debitore principale, ed anticipare le spese occorrenti per l'escussione. Non si tien conto dell'indicazione di beni del debitore principale situati *fuori della giurisdizione della Corte* di appello in cui si deve fare il pagamento, o di *beni litigiosi*, o di beni *già ipotecati* per cautela del debito, i quali non siano più in potere del debitore (art. 1909).

Qualora il fideiussore abbia fatta l'indicazione dei beni in conformità delle disposizioni ora riferite (contenute nell'articolo 1909) ed abbia somministrato le somme occorrenti per l'escussione, il creditore è responsabile verso il fideiussore fino alla concorrenza dei beni indicati, a cagione della non solvenza del debitore principale, sopraggiunta per essersi *da lui differito il procedimento giudiziale* (art. 1910).

Il Codice nostro, alla pari del diritto Romano riconosce che se più persone hanno fatto sicurtà per un *medesimo debitore*, e per *un medesimo debito*, ciascuna di esse rimane obbligata per l'*intiero debito* (art. 1911 col quale concordano le costit. 3 e 5 *Cod. de fidejus. et mandat.* e le Istit., § 4, *de fidejus.*). Concordemente con l'*Epistola Divi Adriani* ritiene il Codice che questi confideiussori abbiano il *benefizio della divisione* (art. 1912), benefizio che nega ai debitori correali (art. 1189), appunto come secondo la migliore interpretazione non lo accordava loro la Novella 99 (Vedi Savigny, trattato delle *Obbligazioni*, Vol. I, § 26).

Laonde eziandio pel Codice nostro ognuno dei più confideiussori può esigere, ove non abbia rinunziato al benefizio della divisione, che il creditore divida preventivamente la sua azione e la riduca alla parte di ciascuno (art 1912). Se alcuni dei confideiussori non erano solventi nel tempo in cui uno di essi ha ottenuto la divisione, questi è obbligato in proporzione per tale non solvenza, ma non può più essere molestato per causa della non solvenza sopravvenuta dopo la divisione (art. 1912, capoverso); la qual distinzione per diritto Romano si faceva, ma per riguardo al momento della contestazione della lite (fr. 26; fr. 27; fr. 28; fr. 49, § 1, *Dig. de fidejussoribus. Istit.*, § 4, *eod.*; fr. 51, § 4, *Dig. eod. cost. ult. Cod. de in integr. restit.*). Se il creditore ha diviso egli stesso e volontariamente la sua azione, non può recedere dalla fatta divisione, quantunque prima del tempo in cui ha dato il consenso per tale divisione vi fossero dei fideiussori non solventi (art. 1913). Il qual principio valeva nel diritto Romano ma dopo la contestazione della lite (fr. 59, § 3, *Dig. mandati, cost.* 16, *Cod. de fidejus. et mandat.*). Il fideiussore del fideiussore non è obbligato verso il creditore, se non nel caso in cui il debitore principale e tutti i fideiussori sieno non solventi, o sieno liberati per mezzo di eccezioni personali al debitore ed ai fideiussori (art. 1914).

1° Se il debitore principale è manifestamente insolvente ammenochè la sua insolvenza non sia sopraggiunta dopo che era trascorso il tempo, in cui il creditore avrebbe potuto e dovuto farsi pagare.

2° Se il debitore principale è latitante, o in fuga.

3° Se ha rinunziato a questo benefizio (*cost.* 29, *Cod. de pactis*, II, 3). Ognuno dei più confideiussori, in antico sarebbe stato obbligato a pagare il *solidum*, cioè ognuno avrebbe potuto essere astretto a pagare l'intiero debito, ma in gius Nuovo godono del *beneficium divisionis*, accordato loro dall'*Epistola Divi Adriani* poco sopra ricordata, in forza del qual benefizio il creditore è obbligato a dividere le sue azioni fra tutti i confideiussori, che sono solventi il giorno della contestazione della lite; ed il confideiussore escusso, è obbligato a pagare una quota parte proporzionale al numero dei confideiussori (GAJO, III, 121, 122, *Instit*, § 4, *h. t. cost.* 3, *Cod. h. t. Nov.*, 99). Di questo benefizio non può prevalersi il confideiussore, nei casi stessi in cui non può prevalersi del *beneficium ordinis seu excussionis* (fr. 10 *pr.*, *Dig. h. t. cost.* 3, *Cod. eod.*). Il confideiussore che non profitta del *beneficium divisionis*, e paga l'intiero, non ha ricorso contro gli altri confideiussori, se non si è fatto cedere le azioni dal creditore pagato (*Instit.*, § 4, *de fidejus.*, III, 2; fr. 39, *Dig. de fidejus.*, XLVI, 1).

b) Fra fideiussore e debitore principale.

§ 526. Gli effetti della fideiussione si riducono a questi:

Finchè il fideiussore non è giudicialmente intimato a pagare il debito che ha garantito, non ha diritto di affacciare alcuna pretesa contro il debitore principale, ammenochè questo ultimo non siasi obbligato a liberarlo dalla assunta mallevadorìa, dentro un certo tempo,[1] o non diminuisca le garanzìe che presentava all'epoca in cui si costituì mallevadore (fr. 38, § 1, *Dig. mandati*, XVII, 1; *cost.* 10, *Cod. eod.*, IV, 35). Ma appena il fideiussore è intimato dal creditore a pagare può convenire il debitore principale affinchè lo rilevi, o lo rimborsi di ciò che è stato obbligato a pagare per lui. A questo effetto si vale dell'*actio mandati con-*

[1] Concorda l'art. 1919, n° 3.

traria, se prestò fideiussione dietro commissione del debitore principale: e dell'*actio negotiorum gestorum contraria*, se la prestò ad insaputa di lui[1] (*Instit.*, § 6, *h. t.*; fr. 4 *pr.*, *Dig. h. t.*; fr. 43, *Dig. de negot. gest.*, III, 5). In qualunque caso ha diritto di ottenere dal creditore, cui paga, la cessione delle azioni, che questi avrebbe potuto sperimentare contro il debitore principale, insieme con tutti i diritti di pegno e di ipoteca, che garantivano il suo credito (fr. 36 e 39, *Dig. h. t. cost.* 2 e 11, *Cod. eod.*). La facoltà di ottenere tal cessione, è detta *beneficium cedendarum actionum*, di cui dovremo trattare diffusamente fra poco. Ma il fideiussore deve essere ben cauto di farsi cedere tali azioni, prima di pagare, perchè dopo aver pagato, non esiste più debito, e per conseguenza non è più luogo a cessione di azioni per ottenerne il pagamento, essendo tali azioni estinte insieme col debito (fr. 76, *de solut.*, XLVI, 3). Il fideiussore può farsi cedere dal debitore principale la *condictio indebiti*, se questi ignorando avere detto fideiussore pagato, paghi egli pure alla sua volta, *condictio indebiti* che il debitore principale potrebbe esercitare contro il creditore, il quale ha ricevuto due volte il pagamento del medesimo debito (fr. 29, § 1, *Dig. mandati*, XVII, 1). Affinchè il fideiussore possa conseguire dal debitore principale di essere rimborsato di quanto ha pagato per lui, fa di mestieri, che egli abbia agito con la dovuta diligenza; ed il debitore principale potrebbe ricusare di rimborsarlo, se avesse trascurato di provare al creditore, che il suo credito era estinto (fr. 29 *pr.*, § 1, 2, 4, *Dig. mandati*, XVII, 1; fr. 67, *Dig. h. t.*, *cost.* 10 *in f.*, *Cod. mandati*, IV, 35). Del resto il fideiussore può asserire di aver pagato, e per conseguenza chiedere di essere rimborsato, ancorquando senza avere sborsato del contante al creditore, tuttavolta procurò la estinzione del suo credito (fr. 10, § 3; fr. 11; fr. 12 *pr.*; fr. 26, § 3, *Dig. mandati*, XVII, 1; fr. 18 e 64, *Dig. h. t.*). Tutti questi diritti, che spettano al fideiussore contro il debitore principale, gli spettano ancora contro gli altri confideiussori, quando ha pagato per loro.[2]

[1] Concorda l'art. 1915.

[2] Il Codice nostro sanziona il principio Romano, cioè che per regola, finchè il fideiussore non è intimato giudicialmente a pagare, non può agire contro il debitore per essere rilevato (art. 1919, n° 1); e pone esso pure come limitazione a detta regola, i casi in cui o il debitore siasi obbligato a liberarlo dalla sicurtà in *un tempo determinato*, e questo sia scaduto; o il debitore sia divenuto insolvente o fallito; o il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto

B) *Constitutum debiti alieni.*

§ 527. Questo *constitutum*, del quale già accennammo l'esistenza trattando, fra i patti pretorii, del *constitutum debiti s. pecu-*

il termine conveniente pel pagamento (art. 1919, nº 2, 3, 4, col quale concordano il fr. 38, § 1, *Dig. mandati*, e la *cost.* 10, *Cod. eod.*). Ma il Codice aggiunge di più che se l'obbligazione principale non ha termine fisso, e non è di tale indole da non potersi estinguere prima di un tempo determinato, *scorsi* 10 *anni* possa il fideiussore agire contro il debitore per essere rilevato (art. 1919, nº 5).

Il Codice all'articolo 1915 accorda al fideiussore che ha pagato, *regresso* contro il debitore principale pel quale pagò, ancorchè questi non fosse consapevole della prestata sicurtà; mentre in diritto Romano si dava al fideiussore che aveva pagato l'*actio mandati contraria* contro il debitore principale, se questi era consapevole della fideiussione, e se non ne era consapevole l'*actio negotiorum gestorum*. Il regresso accordato dal citato articolo 1915, ha luogo tanto pel capitale quanto per gli interessi e le spese; il fideiussore però non ha regresso che per le spese da esso fatte dopo che ha denunziato al debitore principale le molestie sofferte (art. 1915, capoverso 1º). Egli ha regresso per gli interessi di tutto ciò che ha pagato pel debitore, ancorchè il debito non producesse interessi, ed anche pei danni quando sia il caso. Gli interessi però che non sarebbero dovuti al creditore non decorrono a favore del fideiussore che dal giorno in cui avrà notificato il pagamento (art. 1915, capoverso 2º e 3º).

Mentre per diritto Romano il fideiussore che pagava pel debitore principale, (oltre all'avere l'*actio mandati contraria*, o l'*actio negotiorum gestorum contraria*) poteva farsi cedere le azioni dal creditore al quale pagava, e questa cessione era pel creditore pagato *necessaria* (*beneficium cedendarum actionum*), il Codice nostro più semplicemente accorda al fideiussore che ha pagato il debito, un subingresso in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore (art. 1916). E se vi sono più debitori principali obbligati in solido per lo stesso debito, il fideiussore che ha fatto sicurtà per tutti, ha il *regresso* contro ciascuno di loro per ripetere l'intiera somma pagata (art. 1917). Siffatto *regresso* contro il debitore principale per altro, non ha luogo:

1º Se il fideiussore dopo aver pagato, non avverte il debitore principale del fatto pagamento, talchè questi paghi esso pure (art. 1918). Ove non lo avvertisse, non rimarrebbe al fideiussore che l'azione per ripetizione dell'indebito contro il creditore che fu pagato due volte (cit. art. 1918).

2º Se il fideiussore ha pagato prima di essere convenuto, e senza avere avvertito il debitore principale, qualora questi avesse avuto nel tempo del pagamento delle ragioni per fare dichiarare estinto il debito. Ancora in tal caso non rimarrebbe al fideiussore che l'azione per ripetere dal creditore come *indebito* ciò che gli pagò (art. 1918, capoverso).

Il Codice accorda al fideiussore che pagò, un regresso contro gli altri fideiussori, che hanno fatto sicurtà seco, per uno *stesso debitore* e per un *medesimo debito* (art. 1910). Per diritto Romano invece questo regresso non gli era accordato (*Instit.*, § 4, *de fidejus.*; fr. 39, *Dig. eod.*, *cost.* 11, *Cod. eod.*), ed il confideiussore che era intimato a pagare il *solidum*, e che non opponeva il *beneficium divisionis*, se pagava rimaneva senza azione contro gli altri confideiussori, ove non fosse cauto di farsi cedere le azioni dal creditore al quale pagava (vedi Savigny, *Obbligaz.*, § 25, nº III).

Ma siccome il confideiussore escusso, che non opponeva al creditore che lo escuteva il benefizio della divisione, nel pagarlo avrebbe potuto farsi cedere le azioni del medesimo contro gli altri confideiussori, e questa cessione non poteva essergli ricusata, così il nostro legislatore quasi fingendo che tal cessione fosse avvenuta, accordò un *regresso* al fideiussore che pagò contro gli altri confideiussori, sebbene *limitato alla loro respettiva porzione* (art. 1920). Il Codice nostro nega siffatto regresso contro gli altri fideiussori, quando il fideiussore che pagò, lo fece nei casi contemplati dall'art. 1919; casi nei quali

niæ in generale (vedi sopra, § 437), può definirsi, come: *un patto pretorio, col quale taluno si obbliga a pagare un debito altrui, già esistente.* Di fronte al diritto Pretorio, è questo patto, quello che di fronte al diritto Civile, è la fideiussione; alla pari di essa è una intercessione cumulativa sussidiaria, ed i più constituenti sono in uguale maniera dei più confideiussori obbligati a pagare il *solidum,* ma godono dei medesimi benefizi. Differisce ciò nonostante il *constitutum* in discorso dalla *fidejussio,* perchè desso si contrae con un semplice patto, questa si contraeva con la stipulazione; e sebbene il *constitutum* sia come la *fidejussio* una convenzione accessoria, che presuppone dunque l'esistenza di una obbligazione principale, siffatto carattere ha per lui conseguenze meno rigorose, che per la fideiussione. Difatti, comunque neppure al costituente sia lecito obbligarsi a pagare *più* del debitore principale, (fr. 4; fr. 11, § 1; fr. 12 e 13, *Dig. de const. pec.,* XIII, 5), gli è permesso obbligarsi a pagare in *altro luogo,* o ad *altro creditore* (fr. 1, § 5; fr. 5 *pr.,* § 2, *Dig. de const. pec.,* XIII, 5); e se si obbliga a pagare di più, la sua obbligazione non è radicalmente ed assolutamente nulla, [1] come quella del fideiussore nel caso stesso,

il fideiussore prima di pagare poteva agire contro il debitore per essere liberato. E ciò è giusto, perchè essi pure avrebbero potuto agire contro il debitore per ottenere la loro liberazione, ed il confideiussore pagando, loro precluse la strada per farlo.

Il Codice nostro esplicitamente distingue la fideiussione *volontaria,* ossia *convenzionale* dalla *coatta,* che è *legale* e *giudiziale* (art. 1906, 1921).

I contraenti possono *convenire* sulla dazione di un fideiussore *quando vogliono;* tanto è ciò vero che il nostro Codice non proibisce neppure al marito di prestare cauzione per assicurare la dote (argom. dall'art. 1400), mentre per diritto Romano era proibito al marito o a chiunque altro aveva ricevuto la dote, di prestare cauzione per assicurarla (vedi il Codice Giustinianeo al tit. *ne fideius. vel mand. dot. dent.*).

La legge od il giudice costringono in molti casi varie persone a garantire le loro obbligazioni mediante una *sicurtà* o fideiussione o mediante altra *cauzione* (vedi gli artic. 26, capov. 3, art. 292, 497, 525, 855 e seg. 975). Quando si garantisce mediante sicurtà, ossia fideiussione, bisogna dare quale fideiussore una persona capace di contrattare, che possieda beni sufficienti per cautelare l'obbligazione, e che abbia il suo domicilio nella giurisdizione della Corte d'appello in cui si deve prestare la sicurtà (vedi gli articoli 1904 1905, 1921). Per altro è in *facoltà* di colui che *deve dare una sicurtà,* il dare invece un pegno o altra cautela, che sia riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito (art. 1922); facoltà che in diritto Romano non era conceduta, perchè le cauzioni che il Pretore ordinava erano quasi sempre per via di fideiussore (fr. 7, *Dig. de stipulat. præt.*) e bisognava prestare quelle e *non altre.*

Al fideiussore giudiziale il Codice nostro nega il benefizio di ottenere l'escussione del debitore principale (art. 1923). Quegli che si è reso soltanto garante del fideiussore giudiziale, può domandare l'escussione del fideiussore (art. 1924).

[1] Concorda l'art. 1900, capoverso 2°.

bensì è valida fino all'ammontare del debito principale (fr. 1, § 8; fr. 11, § 1, *Dig. eod.*).[1]

C) *Mandatum qualificatum.*

§ 528. Questa specie di mandato, di cui fu già detto qualche parola nel trattare del contratto consensuale di mandato (vedi sopra, § 382), è anch'esso un'intercessione cumulativa sussidiaria, sebbene prestata per via indiretta. Chi vuol farsi mallevadore, può incaricare un altro di fare un imprestito ad un terzo, pel quale intende restare garante. Questo *mandator* diviene responsabile delle conseguenze della commissione data, ed il mandatario che l'ha eseguita, con l'*actio mandati contraria* ottiene da lui di essere rimborsato di quanto ha pagato. Più *mandatores* sono obbligati *in solidum,* ma ognuno di essi gode dei benefizi stessi dei quali godono i fideiussori (*cost.* 23, *Cod. de fideius.*, VIII, 41; fr. 71 *pr., Dig. eod., cost.* 4, *Cod. eod.;* fr. 13, *Dig. eod., cost.* 3, *Cod. de const. pec.,* IV, 18; *Nov.* 4, *cap.* 1). L'obbligazione del mandatario cessa, alla pari di quella del fideiussore, con l'estinzione del debito principale. Esiste per altro qualche differenza fra la fideiussione ed il mandato qualificato. E di vero, prescindendo dalla forma nella quale differivano assai in gius Antico, e non più in gius Nuovo, il mandato qualificato non può mai esistere *dopo* il debito che sta a garantire; lo *precede* sempre; mentre quella di ordinario è posteriore alla creazione di tale debito: il mandato qualificato non è come la fideiussione, una convenzione accessoria. Di quì deriva, che il *mandator* è obbligato in un modo assoluto dentro i limiti della commissione che ha dato (*cost.* 7, *Cod. de fideius.*, VII, 41); che se il *mandator* paga il creditore, il debitore non è liberato; e finalmente che il *mandator* eziandio dopo aver pagato il creditore, può farsi cedere da esso le sue azioni contro il debitore od anche agire *utiliter* contro il medesimo (fr. 28, *Dig. mandati,* XVII, 1; fr. 95, § 10; fr. 76, *Dig. de solut.,* XLVI, 3).

§ 529. Tutti quelli, che hanno la libera disponibilità dei loro

[1] Appena occorre avvertire che nei luoghi dove il diritto Romano è tuttora legge regolatrice, non vi ha differenza fra *fideiussione* e *constitutum debiti alieni*, perchè è sparita la *stipulatio*, e la distinzione, fra contratti e patti; e si applicano le regole del *constitutum*, come più larghe.

beni, e che hanno facoltà di obbligarsi, possono in generale intercedere (fr. 3; fr. 19; fr. 20, *Dig. de fideius.*, XLVI, 1).[1] Per eccezione intercedere non possono:

1° I militari, ai quali è vietato prestar sicurtà giudiciali, e sicurtà per gli affitti dei fondi (fr. 8, § 1, *Dig. qui satisd. cog.*, II, 8, *cost.* 31, *Cod. de locat. et cond.*, IV, 65).

2° I chierici, ai quali è vietato di far sicurtà per i pubblicani, per gli amministratori del fisco, e pei procuratori di lite (*Nov.* 123, cap. 6).

3° Le donne. È prezzo dell'opera trattare con una certa diffusione:

DELL' INTERCESSIONE DELLE DONNE.[2]

(*Dig.*, lib. XVI, tit. 1, *ad senatusconsultum Vellejanum. Cod.*, lib. IV, tit. 29, *eodem.*)

§ 530. Alcuni Editti di Augusto e di Claudio avevano inibito alle donne di intercedere per i loro mariti, (fr. 2, *Dig. ad SC. Vellei.*, XVI, 1), inibizione intesa ad ovviare al pericolo che l'affetto le trascinasse sconsigliatamente alla propria rovina, mediante atti, le cui pregiudicevoli conseguenze non vengono temute, quando sono conclusi. Sotto il Regno di Claudio, per venire più efficacemente in soccorso della debolezza del sesso, a proposizione dei consoli *Marcus Silanus*, e *Vellejus Tutor* (anno 46 dell'èra Cristiana) fu emanato un senatusconsulto, detto *Velleiano*, che generalizzò la ricordata inibizione; infatti il senatusconsulto Velleiano (di cui Ulpiano riferisce le parole nel fr. 2, § 1, *Dig. h. t.*), proibì alle donne *sui juris*, coniugate o no, di obbligarsi in qualunque modo per un altro, di intercedere insomma in qualsiasi guisa o forma, *ne pro aliis reæ fierent, seu intercederent.* Per disposto di questo celebre senatusconsulto, la donna, che malgrado il divieto ha interceduto, è autorizzata, ad opporre l'*exceptio senatusconsulti Vellejani*, alla domanda diretta contro di lei, ed intesa a forzarla all'adempimento dell'obbligazione contratta, eccezione che può essere opposta in qualunque stato

[1] Concorda il Codice, e non fa limitazione.
[2] Tutte le seguenti disposizioni del diritto Romano, sono estranee al Codice nostro, il quale parifica la donna all'uomo se non è maritata; e se maritata, non ha disposizioni speciali per la *intercessione* di lei.

di atti, e perfino dopo la sentenza (fr. 11, *Dig. de SC. Maced.*, XIV, 6). Tale eccezione rende assolutamente inefficace l'obbligazione della donna, ne distrugge perfino l'elemento *naturale:* talchè essa ha facoltà di ripetere, mediante la *condictio indebiti*, quello che avesse pagato (*cost.* 4 e 9, *Cod. h. t.*), di rivendicare le cose date in pegno, respingendo con la *replicatio senatusconsulti Vellejani* le eccezioni, che le fossero opposte (fr. 32, § 2, *Dig. h. t.*, fr. 39, § 1; fr. 40, *Dig. de rei vind.*, VI, 1). Profittare del disposto del senatusconsulto Velleiano poteva, non solamente la donna, ma eziandio lo potevano i suoi eredi, e le persone che avevano garantito la sua promessa (*cost.* 7 e 20, *Cod. h. t.;* fr. 16, § 1, *Dig. h. t.;* fr. 7, § 1, *Dig. de except.*, XLIV, 1; fr. 2, *Dig. quæ res pignori*, XX, 3).

§ 531. Nessuna ingiustizia cagionava l'applicazione del senatusconsulto Velleiano nelle intercessioni *cumulative* (vale a dire quando la donna aggiungeva la sua obbligazione a quella di un altro), perocchè se l'obbligazione della donna non aveva efficacia, rimaneva al creditore l'obbligazione del debitore principale; ma lo stesso non avveniva nelle intercessioni *privative*. In quella specie di intercessione privativa, che chiamasi *espromissione* (per la quale l'intercedente libera il vero debitore, ed il creditore rinunzia ai diritti contro di costui, accettando come solo suo debitore chi intercede), il senatusconsulto Velleiano avrebbe prodotto una conseguenza iniqua, perchè il creditore accettando la *espromissione* della donna, aveva rinunziato ad un credito civilmente esigibile, in vista di un altro credito, che pel ricordato senatusconsulto gli sarebbe tornato assolutamente inutile. Ad ovviare a questo inconveniente, permettevano le leggi Romane, tornasse a vita l'obbligazione, che per la espromissione della donna si era estinta, accordando al creditore il diritto di esperimentare contro l'antico debitore l'azione che primitivamente gli competeva, azione che in questo caso assumeva la qualifica di *restitutoria* o *rescissoria* (fr. 1, § 2; fr. 8, § 7, 9; fr. 32, § 5, *Dig. h. t.*). Qualora poi la donna avesse prestato quella intercessione privativa, che dicemmo chiamarsi *intervenzione* (cioè se la donna aveva interceduto direttamente a favore di un terzo, per impedire che esso si obbligasse, ossia se aveva interceduto, per un debito non ancora creato, bensì futuro), al creditore fu data un'*actio institutoria* contro colui che la donna con la sua intercessione aveva

dispensato dal divenire debitore. Al creditore fu data tale *actio institutoria* pel seguente motivo: la donna, la quale con la sua intercessione aveva impedito, che taluno divenisse debitore, avrebbe avuto azione contro costui per farsi indennizzare; quell' azione venne invece accordata al creditore che aveva accettato l'intervenzione, affinchè egli non rimanesse ingiustamente pregiudicato, come altronde sarebbe rimasto; ed in vero contro la donna non avrebbe potuto agire pel disposto del senatusconsulto Velleiano: era dunque giuoco forza permettergli di agire contro il terzo, pel quale la donna si era fatta ad intervenire. Tale azione conceduta al creditore contro la persona a cui favore avvenne l'intervenzione, si chiamò *institutoria*, perchè essa *instituisce* una obbligazione, anzichè restituirla (fr. 8, § 14; fr. 29 *pr.*, *Dig. h. t.*). Finalmente, allorchè la donna intercedeva congiuntamente ad un uomo per intercessione *privativa*, l' uomo soltanto, e per la totalità del debito rimaneva obbligato; ma se l' uomo e la donna avessero dichiarato di intercedere *pro rata*, l' uomo rimaneva obbligato soltanto per la sua parte, ed il creditore aveva unicamente per la parte della donna l'*actio restitutoria* o l' *actio institoria*, secondo che la intercessione era stata una espromissione, od una intervenzione (fr. 48, *Dig. de fidejus. et mand.*, XLVI, 1; *cost.* 8, *Cod. ad SC. Vellej.*, IV, 29).

§ 532. Già prima di Giustiniano, la donna non aveva facoltà di prevalersi del disposto del senatusconsulto Velleiano nei casi seguenti:

a) Se per la prestata intercessione non aveva risentito danno, od era stata indennizzata (fr. 21 *pr.*; fr. 22, *Dig. h. t.*; *cost.* 1, *Cod. eod.*).

b) Se aveva interceduto con lo scopo di ingannare il creditore (fr. 2, § 3; fr. 11; fr. 27; fr. 30 *pr.*, *Dig. h. t.*; *cost.* 18, *Cod. eod.*).

c) Se il creditore fosse stato in buona fede, cioè avesse ignorato che l' obbligazione contratta dalla donna, fosse stata un' intercessione (fr. 4 *pr.*; fr. 11, 12, 27 *pr.*; fr. 28, § 1, *Dig. h. t.*).

d) Se il creditore, che accettò l' intercessione, era un minore (fr. 12, *Dig. de minoribus*, IV, 4).

e) Se la donna aveva istigato il creditore ad intentare contro di lei la sua azione, promettendogli allora, che se lo avesse fatto, non gli avrebbe opposto l'*exceptio senatusconsulti Vellejani* (fr. 32,

§ 4, *Dig. h. t.*). Fuori di questi casi, il benefizio del senatusconsulto poteva sempre venire invocato. Giustiniano introdusse alcune modificazioni a tale stato di cose. Ai casi in cui la donna non poteva per eccezione prevalersi dell'eccezione del senatusconsulto, aggiunse ancora quello, in cui essa, maggiore nel momento dell'intercessione, reiterasse la sua obbligazione dopo due anni (*cost.* 22, *Cod. h. t.*). Ordinò in seguito, che ogni intercessione di lei, che non fosse fatta per mezzo di *pubblico istrumento* firmato da tre testimoni, sarebbe stata nulla *ipso jure;* attalchè ella non aveva bisogno allora di ricorrere all' *exceptio* del senatusconsulto Velleiano, meno che nei tre casi seguenti:

1° Se il creditore provava che essa aveva ricevuto qualche cosa per intercedere (*cost.* 23, *Cod. h. t.*).

2° Se aveva interceduto per manomettere un servo.

3° Se per costituire una dote (*cost.* 24, 25, *Cod. eod.*). Finalmente Giustiniano stesso con la Novella 134, cap. 8, stabilì che la intercessione della donna a favore del marito, fosse nulla, sebbene reiterata, e fatta per pubblico istrumento, ammenochè non ne avesse essa stessa risentito vantaggio (*Auth. si qua mulier, Cod. h. t.*). Era proibito alla donna di rinunziare, nel momento dell' intercessione, al benefizio del senatusconsulto Velleiano, ma poteva rinunziare alla sua eccezione nel momento in cui il creditore avesse intentato la sua azione (fr. 32, § 4, *Dig. h. t.*). Valida, anzi necessaria rinunzia, era quella della madre e dell'ava nel momento, che assumevano la tutela dei figli o nipoti (*Nov.* 118, cap. 5).[1]

[1] Il Codice contiene più articoli relativi alla estinzione della fideiussione. Esordisce in questa materia col dichiarare che l' obbligazione che nasce dalla fideiussione si estingue per le stesse cause per cui si estinguono le altre obbligazioni (art. 1925). Negli articoli successivi indica alcune regole relative agli speciali modi di scioglimento. Così nell'art. 1926 dichiara che la confusione che si effettua nella persona del debitore principale e del suo fideiussore, quando divengono eredi l' uno dell'altro, non estingue l'azione contro colui che ha fatto sicurtà pel fideiussore. Questa risoluzione, l'equità della quale è evidente, contradice a quella che del caso stesso dà Affricano nel fr. 38, § 5, *Dig. de solut.*; ed a prima giunta pare contraria ai principii giuridici, dacchè venga fatto di osservare che estinta per confusione l'obbligazione del fideiussore, deve necessariamente estinguersi per mancanza di base anche quella del fideiussore del fideiussore, ossia del sotto fideiussore. Nonostante ancora di fronte ai principii del diritto potrebbe difendersi la risoluzione del Codice, sostenendo che il legislatore nostro, spingendo alle ultime sue conseguenze il principio romano: che la confusione *potius eximit personam quam extinguit obligationem* (fr. 71 *pr.*, *Dig. de fideius.*) è proceduto nel concetto che la riunione nella stessa persona delle due qualità di debitore principale e di fideiussore, estinguesse l'efficacia civile della fideiussione, ma la lasciasse in-

PARTE V.

Della Cessione delle Azioni.

§ 533. La cessione è contraria all'essenza del rapporto obbligatorio, ossia dell'obbligazione; ed invero l'obbligazione è un vincolo di gius fra due persone *determinate*: ora questa relazione giuridica fra loro, non può essere alterata da esse, senza distruggerla; il debito ed il credito originario, non possono essere trasferiti a persone diverse da quelle fra le quali furono contratti, senza estinguere la primitiva obbligazione, senza creare un'obbligazione nuova. Anche in questo molto differiscono i diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio, dai diritti patrimoniali reali. Chi gode di uno di questi ultimi, ha un diritto sopra una cosa, astrazione fatta da qualunque persona diversa dalla propria: laonde di quel diritto può disporre come più gli aggrada, purchè coerentemente all'indole speciale del medesimo. Ma chi gode di un diritto emergente da un rapporto obbligatorio non

tatta quale obbligazione *naturale;* ed allora si spiega ché possa servire di base ad una sottofideiussione.

L' articolo 1927 sanziona il principio di ragione comune, che il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, e che sono inerenti al debito; ma non può opporre quelle che sono puramente personali al debitore (concordano i fr. 7 *pr.*, e § 1; fr. 19, *Dig. de except. præs., etc.*)

Per l'articolo 1928 il fideiussore anche in solido è liberato, allorchè per fatto del creditore non può avere effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore. Lo stesso avveniva pel diritto Romano se la cessione delle azioni non avesse potuto verificarsi pel fatto del creditore (fr. 95, § 11, *Dig. de solut. et liberat.*)

L'articolo 1929, contro il disposto del diritto Romano, stabilisce che quando il creditore accetta *volontariamente* un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito principale, il fideiussore resta liberato, ancorchè il creditore ne soffra in seguito evizione: per diritto Romano la dazione *in solutum* non estingueva l'obbligazione se non sotto la condizione che la cosa data passasse in proprietà del creditore: se non vi passava, il debito non era estinto ed i fideiussori non erano liberati, giacchè si riteneva che il creditore non avrebbe accettato quella cosa se avesse saputo che poteva essergli evitta (fr. 27; fr. 46, *Dig. de solut. et liberat.*). Il Codice sanziona così un principio più utile in pratica, ma meno giusto di quello romano.

Finalmente gli articoli 1930 e 1931 dispongono che la semplice proroga del termine accordato dal creditore al debitore principale non libera il fideiussore, il quale tuttavia può agire contro il debitore per costringerlo al pagamento; e che il fideiussore, il quale ha limitato la sua fideiussione allo stesso termine che fu accordato al debitore principale, rimane obbligato anche al di là di quel termine e per tutto il tempo necessario per costringerlo al pagamento, purchè il creditore *entro due mesi* dalla scadenza del termine abbia proposte le sue istanze e le abbia con diligenza continuate.

può fare altrettanto, nè sostituire a sè altra persona di fronte al proprio debitore, nel rapporto obbligatorio che ha seco lui, perocchè sia quello un rapporto fra persone *determinate*. Se questa rigorosa deduzione dei principii essenziali di ogni obbligazione, fosse stata portata in pratica, alle sue ultime conseguenze, avrebbe arrecato non piccoli inconvenienti; infatti avrebbe privato i diritti emergenti da un rapporto obbligatorio di commerciabilità; il creditore che avesse voluto trarre profitto dal suo credito realizzandone l'ammontare prima della scadenza, non l'avrebbe potuto. Vero è bene che gli sarebbe venuto fatto di conseguire il proprio intento, se si fosse accordato col proprio debitore per sostituire a sè altro creditore, dando vita così ad un'obbligazione nuova in sostituzione dell'antica, operando insomma una *novazione;* ma la novazione richiedendo il concorso delle volontà del creditore e del debitore, non tanto facilmente in ogni caso si può concludere. Il perchè, sebbene in mancanza di altro mezzo della novazione si valessero (GAJO, II, 38, 39), ciò nonostante sentivasi urgente il bisogno di operare la traslazione di un credito, senza impetrare il consenso del proprio debitore. A tale bisogno satisfece la legislazione Romana riconoscendo lecita la cessione, non già *dell'obbligazione,* (chè questa, come abbiamo detto, per l'indole sua, di cessione non era capace) bensì la cessione *delle azioni*. Vale a dire, fu permesso al creditore che voleva trasferire ad altra persona l'utilità del suo credito, di incaricarla di esigerne in giudizio il pagamento, esperimentando le azioni che a sè creditore spettavano, lo che dicevasi *mandare* o *cedere actiones* (fr. 24 *pr., Dig. de minor.,* IV, 4; fr. 2, § 5, *Dig. fam. ercisc.,* X, 2; fr. 3, § 5, *Dig. de in rem verso,* XV, 3; fr. 8, § 10, *in f., Dig. mand.,* XVII, 1; *cost.* 4, *Cod. de procur.,* II, 13). La persona cui erano state *mandatæ* le azioni, faceva condannare il debitore al pagamento, e riteneva per sè il ricavato; era un mandatario in affare proprio, era un procuratore *in rem suam* (vedi sopra, § 383). In questa maniera senza contradire direttamente al principio di ragione, che osta alla cessione delle obbligazioni, si ottenne l'intento medesimo, ed il cessionario delle azioni, essendo di fronte al debitore un semplice mandatario del creditore, non fu necessario che il debitore consentisse a quella cessione; il rapporto obbligatorio primitivo non rimase alterato, ed il credito intanto divenne liberamente e

prontamente negoziabile. La legislazione Romana, adunque, ammise la cessione non già delle obbligazioni, bensì delle azioni: permise che si cedesse l'esercizio del diritto emergente dal rapporto obbligatorio, cioè l'azione, se non il diritto stesso. Il principio ostativo alla cessione delle obbligazioni, non patisce deroga per la trasmissione, ammessa dalla legge, nell'erede di un diritto emergente da un rapporto obbligatorio appartenente al defunto suo autore, essendochè l'erede rappresenti il defunto, e per così dire continui la di lui personalità giuridica. Lunghe disquisizioni istoriche, che per amore di brevità omettiamo, potrebbero qui istituirsi sul modo di *mandare* o di *cedere* le azioni a Roma, nei diversi sistemi di procedura che ivi si succederono; noi ci limiteremo a dire che il procuratore, cioè quegli al quale erano state mandate le azioni, non potè in origine intentarle che a nome del creditore suo mandante; ma in seguito gli fu lecito intentarle in nome proprio, come azioni *utili* (fr. 16, *Dig. de pactis,* II, 14; *cost.* 2, *Cod. de oblig. et act.,* IV, 10; *cost.* 5, *Cod. quando fiscus,* IV, 15; *cost.* 5, 7, 8, 9, *Cod. de hered. vel act. vend.,* IV, 39; *cost.* 18, *Cod. de legat.*, VI, 37), efficaci quanto le dirette, e dalle quali in gius Nuovo differiscono soltanto nel nome (vedi § 377).

§ 534. Dalle cose fin qui discorse si raccoglie, che la cessione delle azioni conferisce la facoltà al cessionario (*cessionarius, procurator in rem suam*) di ottenere e ritenere a proprio vantaggio, e come se gli fosse dovuta, la prestazione derivante da una obbligazione, nella quale il cedente (*cedens*) figurava come creditore di un terzo (*debitor cessus*). La compra, la permuta, la donazione, ed altri titoli analoghi, possono servire di veicolo alla cessione. Ogni cessione presuppone una *convenzione* fra la persona che ha un credito, e la persona alla quale è ceduta l'azione per esigerne il pagamento: il loro reciproco consenso è necessario; ma necessario non è il consenso del debitore ceduto (*cost.* 1, *Cod. de novat.,* VIII, 42). La convenzione fra cedente e cessionario, non ha bisogno di forme particolari; basta la riunione dei consensi sull'obietto della cessione e sulle condizioni della medesima; si suole di ordinario redigere in iscritto tal convenzione, ma siffatta redazione giova unicamente come mezzo probatorio.[1]

[1] Per l'art. 1538 del Codice « la vendita o cessione di un *credito*, di un » *diritto*, o di un'*azione* è perfetta, e la *proprietà* se ne acquista di diritto dal » compratore o cessionario al momento che si è convenuto sul credito o sul

§ 535. La cessione opera degli effetti:

1° Di fronte al cedente.

2° Di fronte al cessionario.

3° Di fronte al debitore ceduto.

1° *Di fronte al cedente.*

§ 536. Il cedente, malgrado la cessione, rimane creditore del debitore ceduto, ha facoltà per conseguenza di accettare validamente il pagamento del debito o di chiederlo, se non che incorre in questi casi nell' obbligo di passare al cessionario, quello che gli è stato pagato[1] (*cost.* 3, *Cod. mandat.*, IV, 35; *cost.* 4, *Cod. quæ res pignori,* VIII, 17; *cost.* 3, *Cod. de novat.,* VIII, 42; fr. 23 *pr.,* § 1, *Dig. de hered. vel act. vend.,*XVIII, 4; fr. 25, 26, 27, *Dig. de procur.,* III, 3). Ma sarebbe respinto con l'*exceptio*

» diritto da cedersi e sul prezzo, quantunque non ne sia trasferito il *possesso.* » Il *possesso* si trasferisce mediante la consegna del documento che prova il » credito o diritto ceduto. » In quest' articolo sono notevoli molte inesattezze di espressione. Ed in vero, non sappiamo vedere perchè si distinguano i *diritti* dai *crediti*, mentre è notorio che i *crediti* sono anch'essi diritti: emergono da un rapporto obbligatorio, ma sono *diritti patrimoniali*, non meno dei *diritti reali*. Pare ancora che il legislatore faccia distinzione fra la *cessione di un diritto*, e la *cessione di un' azione*, distinzione che se aveva ragione di essere nel sistema giuridico Romano, oggimai non l' ha più nel sistema nostro. Aggiungasi che l'articolo parla di *proprietà* di diritti e di crediti, e di *possesso* dei medesimi; espressioni massimamente inesatte. La *proprietà*, usata la voce nel significato strettamente tecnico, ha per obietto delle cose corporali e non dei crediti, che come diritti sono incorporali; e l' esercizio di un credito, impropriamente si chiama *possesso* del medesimo. Laonde l'articolo in esame vuolsi rettificare così: La vendita o cessione dei diritti patrimoniali reali, e patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio è perfetta, e la traslazione del diritto nell' acquirente o cessionario si opera (*ipso jure*) al momento che si è convenuto sul diritto da cedersi e sul prezzo, quantunque non ne sia trasferito l' esercizio. L' esercizio si trasferisce mediante la consegna del documento che prova il diritto ceduto.

Per l' articolo 1539 il cessionario non si considera avere acquistato verso i terzi il diritto trasmessogli, se non dopo fatta l'intimazione al debitore della seguìta cessione, ovvero quando il debitore abbia accettato la cessione con atto autentico. Disposizione è questa copiata dal dritto Romano e saviamente introdotta nella legislazione nostra per impedire le simulazioni e le frodi. Del resto crediamo che anche di fronte a quest' articolo la notizia stragiudiziale della cessione avvenuta basterebbe a porre in cattiva fede il debitore ceduto, talchè ove egli pagasse al cedente in pregiudizio del cessionario, potrebbe essere obbligato a indennizzarlo.

[1] Il cedente pel Codice nostro appena perfezionata la cessione, acquista il diritto cedutogli (art. 1538) ma il debitore è validamente liberato se ha pagato al cedente, prima che questi o il cessionario gli abbia notificato la cessione (art. 1540). Intorno alla compensazione in materia di cessione, vedi l' art. 1291.

doli il cedente, che si facesse a chiedere al debitore ceduto il pagamento, quando al debitore medesimo fosse stata notificata la avvenuta cessione (notificazione che è nell'interesse del cessionario di fare, per evitare che il cedente esiga il credito), o quando il cessionario avesse già intentata l'azione, per costringere al pagamento il debitore ceduto (fr. 16 *pr., Dig. de pactis.,* II, 14; fr. 17, *Dig. de transact.,* II, 15; *cost.* 3, *Cod. de novat.,* VIII, 42). Le relazioni fra cessionario e cedente sono regolate dalla causa della cessione.[1] Se la cessione è fatta a *titolo gratuito,* il cedente non è obbligato a guarentire nè la *solventezza* del debitore, nè la *esistenza* del credito; solamente quando è in dolo, perchè cedè un credito che sapeva non esistere, può esser condannato a indennizzare il cessionario (fr. 18, § 3, *Dig. de donat.,* XXXIX, 5). Ma se invece la cessione è fatta a *titolo oneroso*, il cedente in generale è obbligato a guarentire la esistenza del credito, *nomen verum;* non già la solventezza del debitore, *nomen bonum,* (fr. 4, *Dig. de hered. vel act. vend.,* XVIII, 4; fr. 74, § 3, *Dig. de evict.,* XXI, 2; fr. 30, *Dig. de pignor.,* XX, 1). Affinchè sia responsabile della solventezza del debitore, è necessario che abbia assunto espressamente quella responsabilità, o che abbia proceduto dolosamente nella cessione, vale a dire con la scienza che il debitore era insolvente. (fr. 4, *Dig. de hered. vel act. vend.,* XVIII, 4; fr. 74, § 3, *Dig. de evict.,* XXI, 2). Trattandosi di cessione non già volontaria, bensì necessaria, il cedente non è neppure tenuto a garantire l'esistenza del debito, *nomen verum* (fr. 31, *Dig. de act. empt.,* XIX, 1); esempigrazia l'erede, che per sodisfare al legato di un credito, lo cede al legatario, non risponde neppure della realtà del medesimo.

[1] Per l'art. 1542 quegli che cede un credito o altro diritto, deve garantirne la *sussistenza al tempo della cessione*, quantunque questa si faccia senza garanzia. Crediamo quest'articolo relativo alla cessione a titolo oneroso, e non alla cessione, a titolo gratuito; e lo argomentiamo dalla definizione che della cessione della quale si parla nel capitolo 7, titolo 6, lib. III, è data dall'art. 1538, e più dal disposto degli articoli 844 e 1077, n° 1.

L'articolo 1543 dichiara, che il cedente non è responsabile della *solvenza del debitore* se non quando ne ha assunto l'*obbligo*, e per la concorrenza soltanto del prezzo, che ha riscosso del credito ceduto. E l'art. 1544 avverte, che quando il cedente ha promesso la garanzia della *solvenza* del debitore e nulla fu convenuto sulla *durata di tale garanzia*, s'intende che l'abbia limitata *ad un anno*, da computarsi dal tempo della cessione del credito, se il termine di questo era già scaduto. Se il credito è pagabile fra un termine non ancora scaduto, l'anno decorre dalla scadenza. E se il credito porta costituzione di una rendita perpetua, la garanzia della solvenza si estingue col decorso di *dieci anni* dalla data della cessione.

2° *Di fronte al cessionario.*

§ 537. Il cessionario acquista il credito come lo aveva il cedente, con tutti i suoi accessori, ed in generale con tutti i diritti, che sono passivamente o attivamente inerenti al medesimo (*cost.* 5, *Cod. de hered. vel act. vend.*, IV, 39; fr. 2 *pr.*; fr. 6; fr. 23, *Dig. eod.*, XVIII, 4).[1] Il cessionario rappresentando il cedente, ha di regola la facoltà di far valere tutti i privilegi, che il cedente avrebbe potuto far valere contro il debitore ceduto, ancorchè *personali* (fr. 24, *Dig. de min.*, IV, 4; fr. 2 *pr.*; fr. 6; fr. 25 *pr.*, *Dig. de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4; *cost.* 5, *Cod. eod.*, IV, 39; *cost.* 7, *Cod. de priv. fisc.*, VII, 73), quando sieno *relativi al credito:* non così quelli che non hanno relazione o connessione alcuna col medesimo (vedi Haimberger, § 643, lib. IV, cap. 7). Per la stessa ragione non lice al cessionario prevalersi dei privilegi, che sono inerenti alla sua persona (fr. 38, *Dig. de minor.*, IV, 4). Sembra peraltro che il cessionario possa usare del privilegio del fòro, allorchè gli competa (vedi Del Rosso, *Saggio di diritto privato Romano attuale.* Parte III, Sez. I, § 952, vol. IV, pag. 35).

3° *Di fronte al debitore ceduto.*

§ 538. Il debitore ceduto può essere assolutamente estraneo alla cessione; essendo obbligato di fronte al cedente, può validamente pagare al medesimo, ammenochè la cessione non gli sia stata notificata.[2] Qualora egli paghi al cedente, dopo essere stato notificato della cessione, mal paga, e può essere sempre escusso dal cessionario. È questione, se la notizia dell'avvenuta cessione, giunta stragiudicialmente, accidentalmente, al debitore ceduto, valga ad esporlo alle conseguenze che incorrerebbe ove pagasse al cedente, dopo che gli fosse stata giudicialmente notificata la cessione. Noi crediamo, che ove egli in mala fede paghi al cedente, e così rechi pregiudizio al cessionario, possa essere ob-

[1] Concorda l'art. 1541. Ivi. « La vendita o la cessione di un credito comprende gli accessori del credito stesso, come sarebbero le cauzioni i privilegi e le ipoteche. — Non comprende però la rendita e gli interessi scaduti, salvo che siasi convenuto altrimenti. »

[2] Concorda l'art. 1540. Ivi. « Il debitore è validamente liberato, se ha pagato al cedente, prima che questi o il cessionario gli abbia notificato la cessione. »

bligato a indennizzarlo (fr. 17, *Dig. de transact.,* II, 15). La posizione del debitore ceduto, non può essere peggiorata dalla cessione, quindi egli può far valere contro il cessionario le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente (*cost.* 4, *Cod. quæ res pignori,* VIII, 17).

§ 539. Tutti quelli che hanno facoltà di alienare, possono di regola cedere le loro azioni, e possono cederle a tutti quelli che hanno capacità di acquistare. Se si tratta di cessione a titolo oneroso, i cessionari debbono avere eziandio capacità di obbligarsi. Obietto di cessione può essere in generale qualunque diritto alienabile. Tuttavolta questi principii veri in astratto, subiscono alcune limitazioni, che ristringono la libertà della cessione. Le leggi infatti interdicono la cessione di alcune azioni, per motivi desunti da *qualità personali* proprie di quelli che intervengono nella cessione, e dalla *natura speciale delle azioni* che si vorrebbero cedere.[1]

a) Per motivi personali.

1° Diocleziano e Massimiano proibirono la *cessio in potentiorem*, cioè la cessione a persona che pel suo potere, per la sua posizione sociale, potrebbe riuscire un avversario più oneroso o pericoloso pel cessionario (*cost.* 1, 2, *Cod. ne liceat potent. patrocin. litigant. præstare vel in act. in se transferre,* II, 14).

2° Giustiniano proibì ai tutori e curatori, di accettare la cessione di azioni esperibili contro i loro pupilli e sottoposti (*Nov.* 72, *cap.* 5). La cessione fatta in spreto di questi divieti legislativi, porta alla perdita dei diritti ceduti.

b) Per la natura speciale delle azioni cedute.

In generale lice cedere tutto quanto fa parte del nostro patrimonio, e per conseguenza tanto le azioni personali, quanto le

[1] L'articolo 1458 dichiara, che i giudici, gli uffiziali del pubblico ministero, i cancellieri, gli usceri, gli avvocati, i procuratori o patrocinatori ed i notai non possono essere cessionari delle liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza della corte, del tribunale, o della pretura, di cui fanno parte e nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese, ammenochè si tratti di azioni ereditarie fra i coeredi, o di cessioni in soddisfazione di crediti o per difesa di beni posseduti.

reali (*cost.* 9, *Cod. de hered. vel act. vend.*, IV, 39); ma non quelle già intentate o litigiose; è questa una conseguenza della regola, che inibisce la cessione di tutto ciò che è litigioso (*cost.* 2 e 4, *Cod. de litig.*, VIII, 37). Con questi due assiomi: 1° che si può cedere soltanto quello che fa parte del nostro patrimonio: 2° che non possono essere cedute le azioni litigiose, si spiegano tutte le eccezioni alla libertà nella cessione delle azioni. Infatti:

1° Non è permesso cedere delle azioni relative a diritti esclusivamente personali, p. e., a dei diritti di famiglia, di condizione civile, perchè questi diritti non fanno parte del nostro patrimonio (vedi sopra, § 227).

2° Le azioni relative ad un diritto patrimoniale reale, o emergente da un rapporto obbligatorio, non possono essere cedute se già sono state intentate, imperocchè intentate che sieno, divengono litigiose.

3° Le azioni criminali, che tendono a fare decretare una pena pubblica, non sono cedibili, perchè non fanno parte del nostro patrimonio.

4° Le *azioni popolari*, e le *azioni vindictam spirantes* non comportano cessione, perchè se non sono intentate, non fanno parte del nostro patrimonio: ed appena sono intentate, divengono litigiose. È un errore di alcuni interpreti del diritto Romano, il pretendere, che sieno cedibili tutte le azioni trasmissibili agli eredi, *quæ ad heredem sunt transmissibilia, sunt cessibilia.* Ed in vero, i diritti litigiosi sebbene si trasmettano agli eredi, non possono essere ceduti. (*cost.* 1 e 2, *Cod. de litigiosis*, VIII, 37).

§ 540. Per impedire, che uomini avidi di guadagno, speculassero sulla compra dei crediti, ottenendoli a vil prezzo, e per difendere i debitori dalle vessazioni dei redentori di liti, l'imperatore Anastasio stabilì, che il compratore di un credito non fosse autorizzato ad esigere dal debitore, più di quanto pagò per acquistarlo, computati per altro i frutti della somma sborsata, abbuonando il resto al debitore (*cost.* 22, *Cod. mandati vel contra*, IV, 35). La costituzione con la quale l'imperatore stabilì questa importante massima di gius, chiamata in suo onore *lex Anastasiana*, mirando ad impedire il turpe mercato dei redentori di liti, non è applicabile:

1° Se la cessione fu fatta in pagamento (*in solutum*) di un credito. Chi invece di ricevere il pagamento in contanti, si ac-

colla un credito, che il cedente aveva contro un terzo, corre il rischio della insolventezza del debitore ceduto: laonde è giusto che abbia un compenso nella possibilità di procurarsi con l'esazione di quel credito, un valore maggiore del prezzo pagato per ottenerne la cessione.

2° Quando la cessione fu fatta per conservare un diritto, od il possesso di una cosa. Se il possessore di buona fede di una cosa oppignorata, venuto in cognizione del diritto di pegno, che ha sulla medesima, un creditore della persona che glie l'ha venduta, stralcia con quel creditore, e gli paga una somma inferiore al valore nominale del suo credito: non è applicabile la legge Anastasiana, perchè tale stralcio è stato fatto per evitare le molestie di quel creditore; attalchè è lecito a questo cessionario far valere per intiero il credito cedutogli, contro chi oppignorò la cosa.

3° Finalmente non è applicabile la legge Anastasiana alla cessione dei crediti, avvenuta fra collegatari o coeredi, all'effetto di aggiustarsi nella divisione di una eredità, o di un legato; la legge ha voluto così favorire la composizione dei loro interessi in conflitto: e non ha d'altronde temuto come possibile in quei casi, che le parti cercassero locupletarsi con la redenzione di liti: timore escluso dal motivo, che anima le cessioni dei crediti fra le ricordate persone (*cit. cost.* 22, *Cod. mandati,* IV, 35). Queste eccezioni erano state tolte di mezzo da una costituzione di Giustiniano, ma essa non è giunta fino a noi. Nei Basilici ne occorre un'analisi in greco, ed il Cuiacio la tradusse. Siffatta traduzione si trova in molte edizioni del *Corpus Juris,* come *cost.* 24, *Cod. mandati vel contra,* (IV, 35), ma non fu accolta nel fòro, perchè costituzione non glossata.[1]

§ 541. I redentori di liti, tentarono eludere il disposto della

[1] Disposizioni derivate dal diritto Romano sono quelle che si leggono nel codice agli articoli 1546, 1547, 1548.

L'art. 1546 dispone: Quegli contro cui fu da altri ceduto *un diritto litigioso,* può farsi liberare dal cessionario, rimborsandolo del prezzo reale della cessione colle spese e coi legittimi pagamenti, e cogli interessi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione.

L'art. 1547 dichiara che il *diritto si ritiene per litigioso,* quando la sussistenza di esso sia giudizialmente contestata.

La disposizione dell'articolo 1546 cessa:

1° Se la cessione fu fatta ad un coerede, o comproprietario del diritto ceduto.

2° Se fu fatta ad un creditore in pagamento di quanto gli è dovuto.

3° Se fu fatta al possessore del fondo soggetto al diritto litigioso. Così l'art. 1548. Vedi pure l'articolo 1458, capoverso 1.

legge Anastasiana, dando alla cessione un carattere misto di vendita e di donazione; fingevano che il credito fosse stato venduto fino all'ammontare del danaro effettivamente sborsato, il di più lo fingevano donato; così sfuggivano alla lettera della legge, che contemplava la vendita di un credito, e non una cessione a titolo lucrativo. Per sventare questa macchinazione, Giustiniano con una sua costituzione (che è la *cost.* 23, *Cod. mandati,* IV, 35) ordinò, che ancorquando il cessionario avesse acquistato il credito per titolo di vendita e di donazione insieme, non potesse esigere se non quanto aveva effettivamente pagato, considerando come estinta la parte donata: e volle che il disposto della legge Anastasiana fosse applicato eziandio alle simulate donazioni. È questione assai controversa, se spetta al cessionario che escute il debitore, a provare, che la cessione gli fu fatta per una somma uguale al valore nominale del credito, oppure se spetta al debitore provare che fu fatta per una somma minore. La legge su questo proposito tace. Noi crediamo che la prova spetti al debitore, imperocchè il debitore che alla domanda di pagamento fattagli dal cessionario, gli obietta che egli cessionario ha comprato il credito per meno del suo valore nominale, oppone una vera e propria *exceptio,* la quale egli deve provare, giusta la regola: *reus excipiendo fit actor:* tanto più che siffatta eccezione contiene la imputazione di un fatto riprovato dalla legge, il quale per conseguenza non può mai essere presunto.

PARTE VI.

Modi co' quali si estinguono le Obbligazioni.

(*Instit,* lib. III, tit. 19, *quibus modis obligatio tollitur.*)

§ 542. Come le voci *nexus, obligatio, contractus* indicano il legare, il vincolare giuridicamente, la parola *solutio* indica lo svincolamento, lo scioglimento delle relazioni obbligatorie, e perciò la liberazione del debitore. La parola *solutio,* nella sua accezione etimologica, ha dunque un significato generalissimo, ed esprime qualunque avvenimento, che pone termine alla obbligazione, e scioglie il debitore: *solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam* (fr. 54, *Dig. de solut.,* XLVI, 3).

Il modo regolare col quale il debitore si libera, è la prestazione di quello che egli deve. Quindi l'espressione generica *solutio*, in un senso più limitato, significa: la *prestazione di ciò che è dovuto: præstatio ejus quod est in obligatione*, (fr. 176, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Nel volgare linguaggio manca una parola, che traduca con esattezza, e corrisponda perfettamente alla voce *solutio*, adoperata in questo secondo significato. Comunemente usiamo la voce *pagamento* per tradurla, ma la voce pagamento ha nel linguaggio nostro un significato anche più limitato, perchè fa sorgere l'idea di una *solutio*, operata mediante lo sborso dell'effettivo contante (fr. 49, *Dig. de solut.*, XLVI, 3).

La *solutio*, ossia la prestazione di ciò che è dovuto, abbenchè sia il modo più regolare e comune di sciogliere un'obbligazione, non è il solo modo con cui si sciolga. L'obbligazione, può essere sciolta per altri mezzi, derivanti o dal consenso delle parti, od anche da eventi estranei a quel consenso. Rispetto allo scioglimento delle obbligazioni, occorre in diritto Romano lo stesso procedimento istorico, che osservammo quanto alla loro formazione. Come il diritto Pretorio, e la giurisprudenza ammisero delle cause di obbligazione, oltre quelle riconosciute dal rigoroso diritto Civile; così sanzionarono altre cause di scioglimento delle obbligazioni, oltre quelle riconosciute dal diritto Civile. E come vi furono delle *obbligazioni civili, pretorie, naturali*, così esisterono delle *liberazioni civili, pretorie, naturali*. Di qui probabilmente deriva la distinzione delle obbligazioni fondata sul modo di loro scioglimento, cioè obbligazioni che si sciolgono *ipso jure*, obbligazioni che si sciolgono *ope exceptionis*.

a) Si estinguono *ipso jure* le obbligazioni, quando replicando all'azione civile intentata contro di lui, il reo convenuto attinge le sue repliche alle medesime fonti, dalle quali fu attinta l'azione, vale a dire al diritto civile. Il reo convenuto sostiene allora, che egli non è stato mai obbligato, o che se lo fu, non lo è più di fronte al diritto civile.

b) Si estinguono *ope exceptionis* le obbligazioni, quando il reo convenuto può, grazie alla protezione del Pretore, opporre una eccezione che paralizza l'azione. Di fronte al diritto Civile egli sarebbe obbligato, ma egli può allegare la sua liberazione fondandosi sull'equità pretoria, che gli somministra un mezzo di difesa. Ed il Pretore inseriva nella formula i fatti, in considera-

zione dei quali il giudice doveva dichiarare il reo convenuto liberato, ed assolverlo.[1]

§ 543. Le Istituzioni imperiali al tit. 29, (*quibus modis obligatio tollitur*) del lib. III, trattano soltanto dei modi di estinzione delle obbligazioni, i quali si verificano *ipso jure;* dei modi di estinzione *ope exceptionis,* trattano laddove delle eccezioni discorrono. Una ragione di ordine esige che noi riuniamo qui tutti questi modi di estinzione o di scioglimento delle obbligazioni.

a) Ipso jure.

Si estinguono le obbligazioni, mediante:

1° il pagamento,

2° l'accettilazione,

3° la novazione,

4° il mutuo dissenso. E sebbene le Istituzioni ricordino questi soli modi di estinzione, si può aggiungere:

5° la distruzione della cosa,

6° la confusione,

7° il concorso di due cause lucrative.

1° *Il pagamento* (*Solutio*).[2]

(*Dig.*, lib., XLVI, tit. 3, *de solutionibus et liberationibus, Cod.,* lib. VIII, tit. 43, *eodem.*)

§ 544. Il modo più regolare e comune di estinguere la obbligazione, è, l'abbiamo detto poco sopra, il pagamento, *solutio,*

[1] Nel Codice Civile Italiano non si fa più la distinzione fra i modi di estinzione delle obbligazioni, che facevano i Romani; cioè fra modi di estinzione *ipso jure*, e *ope exceptionis;* questa distinzione non avrebbe ragione di essere.
Pel Codice stesso le obbligazioni si estinguono col pagamento, con la novazione, con la remissione del debito, con la compensazione, con la confusione, con la perdita della cosa dovuta, con l'annullamento e con la rescissione, per effetto della condizione risolutiva, con la prescrizione (art. 1236). Sono questi i modi generali di estinzione di ogni obbligazione. Ve ne sono poi dei speciali, come lo spirare del termine o il verificarsi di una condizione risolutiva, nelle obbligazioni a termine e sotto condizione; la morte del mandante o del mandatario nel mandato; la rinunzia e la revoca del mandato stesso ec. ec.

[2] Il Codice non definisce il pagamento, ma dichiarando, all'articolo 1237, che ogni pagamento *presuppone un debito,* e che ciò che è pagato (e voleva dire ciò che è stato prestato a *titolo di pagamento*) *senza essere dovuto* è ripetibile, addimostra implicitamente che per pagamento intende la prestazione di quanto era dovuto, ossia di ciò che formava l'obietto del debito o dell'obbligazione.

vale a dire *præstatio ejus quod est in obligatione* (fr. 176, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Affinchè pel pagamento sia sciolta l'obbligazione, debbonsi osservare le seguenti condizioni, che si riferiscono alla *persona* che paga, alla *cosa* che si paga, al *luogo* od *al tempo* in cui si paga.

a) *Persona.*

Affinchè il pagamento sia valido, deve essere fatto da *persona,* che ha diritto di alienare. (*Instit.*, § 2, *in f. quibus alienare licet vel non,* II, 8; fr. 14, § 8, *Dig. h. t.*, fr. 29, *Dig. de cond. indeb.*, XII, 6). Ma quando è fatto da persona che ha diritto di alienare, può essere anche fatto da persona diversa dal debitore, eziandio ad insaputa di questo; ed è in tal caso valido come se il debitore avesse pagato da per sè, quando il creditore lo accetti, e quando chi paga, paghi per conto del debitore, e con intenzione di liberarlo (*Instit.* § 3, *quibus modis obligatio tollitur*, III, 29; fr. 23, 40, 53, *Dig. h. t.*; fr. 8, § 5, *Dig. de novat. et delegat.*, XLVI, 2).[1] Il pagamento deve essere fatto al vero creditore, o ad un suo mandatario o rappresentante; può essere fatto ad un *adjectus solutionis causa* (fr. 39, *Dig. de negot. gest.*, III, 5; fr. 12 *pr.*, fr. 32; fr. 34, § 7; fr. 38, § 1; fr. 59, *Dig. h. t.*).[2] Ma è necessario, che la persona cui si paga, abbia il

[1] L'articolo 1238 concorda con questi principii; ivi infatti si dice: le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualunque persona *che vi ha interesse*, come da un coobbligato o da un fideiussore. Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un *terzo che non vi ha interesse,* purchè questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, e ove *agisca in nome proprio, non venga a sottentrare nei diritti del creditore.* — Si noti che se sottentrasse nei diritti del creditore, esisterebbe compra del credito e non liberazione del debitore.

L'articolo 1239 aggiunge l'obbligazione *di fare,* non può adempirsi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che sia adempita dal debitore medesimo (concorda il diritto Romano nei fr 39 *in f., Dig. de statu lib.*, fr. 11, *in f. Dig. de legatis.* 3° e fr. 31, *Dig. de solut.*)

[2] Concorda l'art. 1241, ivi: « il pagamento deve essere fatto al creditore od a persona autorizzata a riceverlo dal creditore medesimo, dall'autorità giudiziaria o dalla legge; » se non che quest'articolo aggiunge, confermando pei principii Romani, che è valido il pagamento fatto a colui che *non era autorizzato* a riceverlo pel creditore, quando questo lo *ratifichi* o ne *abbia approfittato* (*cost.* 12, *Cod. de solut.*; fr. 4, § 4 *Dig. de doli mali except.*).

Per l'articolo 1242 il pagamento fatto in *buona fede* a chi si trova nel *possesso del credito* è valido, ancorchè il possessore ne abbia in appresso sofferto l'evizione. Per *possesso del credito* ne sembra che qui si voglia significare non già la mera detenzione del documento probatorio del credito stesso, bensì il pacifico godimento ed esercizio della qualità di creditore. Per altro

diritto di alienare: poichè l'accettazione del pagamento include un'alienazione, l'alienazione del credito (*Instit.*, § 2, *quibus alienare licet vel non,* II, 8).[1] Ed il pagamento deve essere fatto con l'intenzione di estinguere l'obbligazione. La prestazione fatta con un intendimento diverso, non sarebbe una *solutio* (fr. 55, *Dig. h. t.*).

b) Cosa.

L'oggetto che si paga deve essere precisamente quello che venne in obbligazione, poichè il creditore non può essere astretto ad accettare contro propria voglia, cosa diversa da quella, che ha il diritto di esigere. Col consenso del creditore lice al debitore pagare cosa diversa da quella promessa; ed allora il debitore che paga quella cosa diversa, si libera (*cost.* 16 e 17, *Cod. de novat. et delegat. cost.* 16, *Cod. eod.*). Ciò non pertanto se il debito è pecuniario, (come abbiamo detto altra volta) può il debitore profittare del *beneficium dationis in solutionem. Parziale* non può essere il pagamento, se non che anche qui ricorre l'eccezione a favore di coloro che godono del *beneficium competentiæ* (vedi sopra, § 242). Se il debito consiste nell'obbligo di *dare* una qualche cosa, la consegna della cosa opera *solutionem,* soltanto quando chi dà è proprietario della cosa *data*, e capace di alienare (*Instit.*, § 2, *in f. quibus alienare licet vel non*, II, 8).[2]

ricordiamo che trattandosi di titoli al portatore il possesso del titolo produce a favore del portatore l'effetto stesso del titolo (art. 707).

L'articolo 1244 dichiara che il pagamento fatto dal debitore al suo creditore, nonostante *sequestro* o *atto di opposizione* nei modi stabiliti dalla legge, non è valido *riguardo ai creditori sequestranti od opponenti;* questi possono costringerlo a pagare di nuovo, perciò che riguarda le loro ragioni, salvo in questo caso il suo regresso contro il creditore.

[1] Concorda l'articolo 1243, pel quale è detto, che non è valido il pagamento fatto al creditore se questi era incapace di riceverlo, salvo che il debitore provi che la cosa pagata *fu rivolta in vantaggio del creditore.* È questo il principio romano sulla *in rem versio*, principio che il Codice applica in più casi (vedi art. 1241, capov. 1; art. 1307 ec.). Ci pare evidente che se la versione a vantaggio o profitto del creditore fosse *parziale*, il pagamento varrebbe pure *parzialmente*, cioè fino a concorrenza della parte di cui si avvantaggiò o profittò il creditore.

[2] Identici principii a questi romani sanzionano gli articoli 1245, 1246, 1240. Infatti:

L'articolo 1245 è così concepito. Il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore.

E l'articolo 1246 aggiunge: il debitore non può costringere il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito ancorchè divisibile.

L'assoluto disposto di questi due articoli addimostra che nel sistema del

c) *Luogo e Tempo.*

Circa al *luogo* ed al *tempo* del pagamento, rinviamo alle regole esposte là dove parlammo in generale del luogo e del tempo, in cui deve eseguirsi una obbligazione (vedi sopra, § 243, 244).

§ 545. Il pagamento ha per effetto di estinguere *ipso jure* l'obbligazione con tutti i suoi accessorî, specialmente con le ipoteche, e le fideiussioni inerenti al debito (*Instit. pr., quibus mod. oblig. toll.*, III, 29; fr. 43, *Dig. h. t.*). Quando taluno ha più debiti verso uno stesso creditore, e pagando dichiara qual debito intende di estinguere, nessuna difficoltà; ma se paga senza quella dichiarazione, si intende che abbia voluto estinguere:

1° Il debito più *oneroso:* e tale è il debito fruttifero (fr. 89, § 2, *Dig. h. t.*), quello garantito da ipoteche o fideiussioni (fr. 4

Codice sarebbe inapplicabile così il disposto della Novella 4, cap. 3, relativo all'*in solutum dare*, come inapplicabile il *beneficium conpetentiæ.*

L'articolo 1240, traducendo letteralmente disposizioni romane, dichiara che il pagamento che ha per oggetto di *trasferire* la *proprietà della cosa pagata nel creditore* (il *dare* dei Romani) non è valido se non è fatto da colui che sia proprietario della cosa e capace di alienarla. Ricordiamo che nel sistema del Codice civile italiano la proprietà si acquista e si trasmette per effetto di convenzione e senza bisogno di tradizione, quando si tratta di cosa individualmente determinata, (la *specie* dei Romani). Laonde il citato articolo è relativo soltanto a quei pagamenti nei quali il debitore rimane proprietario fino alla esecuzione dell'obbligazione; esempigrazia quando l'obietto da pagare è indicato soltanto *in genere*, o quando le parti hanno espressamente convenuto che rimanga in proprietà del debitore fino alla tradizione.

Tuttavia (soggiunge il Codice nel capoverso del citato articolo 1240) non si può ripetere il pagamento di una somma di danaro o di cosa che si consuma con l'uso, dal creditore che l'ha consumata *in buona fede*, sebbene il pagamento sia stato fatto da chi non ne era proprietario, o non aveva la capacità di alienarla (concorda il fr. 4, § 8, *Dig. de solutionibus*).

Per l'articolo 1247 il debitore di una cosa certa e determinata viene liberato rimettendola nello stato in cui si trova al tempo della consegna, purchè i deterioramenti sopraggiunti non provengano da *fatto o colpa di lui* (omissione o commissione) o delle persone di cui deve rispondere, ed egli non fosse *in mora* prima dei seguìti deterioramenti (concordano i fr. 5, *Dig. de reb. credit.*; fr. 8, *Dig. de peric. et commod. rei vend.* ec.)

Merita osservazione l'articolo 1248. Ivi è detto: se il debito è di una cosa determinata soltanto nella sua *specie*, il debitore per essere liberato non è tenuto a darla della *migliore qualità*, ma non può darla neppure della *peggiore*. Avvertiamo che ancora in quest'articolo la voce *specie* non sta a significare (come presso i Romani) cosa individualmente determinata, bensì genere infimo; e notiamo pure che una consimile decisione si legge intorno all'esecuzione dei legati (art. 870, 871). Nel diritto Romano si seguitava la regola stabilita dal Codice nostro nei citati articoli (870, 871, 1248), ma quanto ai legati (fr. 37 *pr.*, fr. 110, *Dig. de legatis*, 1), non già quanto alle convenzioni (fr. 32 *in f. de condit. indeb.*; fr. 52, *Dig. mand.*). Il Codice nostro è in questo punto più equo del diritto Romano; ma il diritto Romano intendeva a favorire la liberazione di chi in una convenzione figurava come debitore, e perciò gli permetteva di pagare anche cosa della peggiore qualità.

e fr. 97, *Dig. h. t.*), quello scaduto (fr. 3, § 1; fr. 5 *pr.*; fr. 103, *Dig. h. t.*), quello pel quale il debitore fu condannato (fr. 7, *Dig. h. t.*) quello, essendo condannato a pagare il quale, si incorre nell'infamia, o in una pena (fr. 7, 97, *Dig. h. t.*). Se i più debiti sono tutti ugualmente onerosi, si presume abbia voluto pagare:

2° il debito più *vecchio* (fr. 5 *pr.*; fr. 89, *Dig. h. t.*). E se sono contemporanei,

3° si intende che abbia pagato una quota proporzionale di ciascheduno di questi crediti (*pro rata*) (fr. 8, *Dig. h. t.*).[1]

§ 546. Il fatto del pagamento deve essere *provato* da chi asserisce di averlo eseguito (*cost.* 25, *Cod. h. t.*).[2] Questa prova può essere fornita con tutti i mezzi dalla legge permessi, cioè mediante testimoni, o con la delazione del giuramento, ma specialmente per mezzo di ricevute (*apochæ*). Non tutte le ricevute, o apoche, hanno la stessa forza probatoria. Se riguardano pagamenti fatti ad una pubblica cassa, e sono rilasciate da un pubblico amministratore, queste ricevute fanno subito prova piena; se per l'opposito sono fatte da un privato, esse provano pienamente soltanto dopo 30 giorni. Dentro i 30 giorni, chi le rilasciò, può opporre l'*exceptio seu replicatio non solutæ pecuniæ* (*cost.* 4, *Cod. de apoch. publ.*, X, 22, *cost.* 14, § 2, *Cod. de non mun.*

[1] Gli articoli 1255 e 1258 riproducono questi stessi principii del diritto Romano circa all'imputazione dei pagamenti. Infatti l'articolo 1255 dichiara: chi ha più debiti della stessa specie ha diritto di dichiarare quando paga, qualsia il debito che intende di soddisfare. E l'articolo 1258 avverte che, quando la quietanza non esprime alcuna imputazione, il pagamento deve essere imputato al debito che a quel tempo il debitore aveva maggiore interesse di estinguere tra quelli che erano parimente scaduti; in caso diverso al debito scaduto, quantunque sia meno gravoso di quelli non per anco scaduti. E se i debiti sono di ugual natura l'imputazione si fa al più antico, e proporzionalmente in parità di cose. Gli articoli 1256 e 1257 esplicitamente dichiarano regole che parimente non sono estranee alla Romana legislazione. Infatti:

L'articolo 1256 è così concepito: chi ha un *debito che produce frutti* o *interessi*, non può senza il consenso del creditore imputare al capitale ciò che paga, in preferenza dei frutti e degli interessi; il pagamento fatto in conto di capitale e di interessi, se non è integrale, s'imputa prima negli interessi (concordano fr. 5, § 2, 3; fr. 6, *Dig. de solut.*, *cost.* 1, *Cod. eod.*). Quest'articolo non è evidentemente applicabile agli interessi moratorii di un debito di per sè *infruttifero*.

E l'articolo 1257: chi ha più debiti verso una stessa persona, se accetta una quietanza per cui il creditore imputi *specificatamente* la somma ricevuta ad uno di essi, non può più chiedere l'imputazione ad un debito differente, quando non siavi *dolo* o *sorpresa* per parte del creditore. Cioè quando il creditore non abbia adoperato inganno (*dolo*), o non abbia approfittato della semplicità del debitore (*sorpresa*).

[2] Concorda l'art. 1312.

pec., IV, 30).[1] Questa eccezione non va confusa con l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, della quale parlammo allorchè trattammo delle obbligazioni litterali: perchè quella (vale a dire l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*), si riferisce al caso in cui taluno abbia rilasciato un documento nel quale confessi di aver ricevuto a mutuo danaro, che non gli fu sborsato: e si può opporre durante due anni; questa (cioè l'*exceptio non solutæ pecuniæ*) si riferisce al caso, in cui non siasi ricevuto il pagamento di un debito, ma se ne sia fatta quietanza: e si può opporre soltanto dentro 30 giorni; l'una di queste eccezioni insomma, può opporsi ad una confessione di debito, l'altra ad una quietanza. Scorsi i 30 giorni, chi ha ottenuto l'apoca, la quale contiene la quietanza, con la sola produzione della medesima, ha provato pienamente il suo pagamento: l'*exceptio non solutæ pecuniæ, non può essergli più opposta.* Il pagamento si presume, quando la scrittura che attesta il debito, sia cancellata, stracciata, o sia stata restituita al debitore[2] (fr. 24, *Dig. de probat.*, XXII, 3, *cost.* 14 e 15, *Cod. h. t.*). Chi può provare il pagamento delle pubbliche imposizioni fatto puntualmente per 3 anni consecutivi, mediante la produzione di ricevute rilasciate dagli amministratori del pubblico erario, ha la presunzione di avere pagato anche le imposizioni precedenti a quel triennio (*cost.* 3, *Cod. de apoc. pub.*, X, 22). La giurisprudenza pratica estese per analogia questa disposizione a tutti gli altri pagamenti a termine: e ritenne che la prova in contrario dovesse fornirsi dalla parte che reclamava il pagamento.

§ 547. Qualora il creditore, senza plausibile motivo, rifiuti di ricevere il pagamento offertogli verbalmente dal debitore, questi per via giudiciale può tornare ad offrirgli il pagamento medesimo, dichiarando cioè di essere pronto a pagare la somma dovuta, e intimandolo a comparire in giudizio in un dato giorno, nel quale opererà il pagamento.[3] Se dopo questa *offerta*

[1] Il Codice non ammette questa eccezione. Vedi gli articoli 1330, 1331.
[2] Vedi l'art. 1279 e l'art. 1350, n° 2.
[3] Relativamente all'offerta reale e al deposito, i seguenti articoli del Codice nostro sostanzialmente non contradicono ai principii del diritto Romano: se non che pel Codice stesso si esige il concorso dell'offerta e del deposito per far cessare gli interessi e per porre la cosa a rischio e pericolo del creditore.
Art. 1259. Quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può ottenere la sua liberazione, mediante l'*offerta reale ed il susseguente de-*

reale, la parte citata non comparisce, l'offerente ha il diritto di procedere al deposito della somma offerta, nel luogo dalle leggi determinato per i depositi giudiciari. Cotale *deposito giudi-*

posito, della cosa dovuta. Dal *giorno del deposito* legalmente eseguito cessano gli interessi, e la *cosa depositata* rimane a rischio e pericolo del creditore.

Art. 1260. Affinchè l'offerta reale sia valida, è necessario:

1° Che sia fatta al creditore capace di esigere od a chi ha facoltà di ricevere pel medesimo.

2° Che sia fatta da persona capace di pagare.

3° Che comprenda l'intiera *somma* od *altra cosa dovuta*, i frutti, e gli interessi pure dovuti, le spese liquide, ed una somma per le spese non liquidate, colla riserva per qualunque supplemento.

4° Che il termine sia scaduto, se fu stipulato a favore del creditore.

5° Che siasi verificata la condizione, sotto la quale fu contratto il debito.

6° Che l'offerta sia fatta nel luogo convenuto pel pagamento; e quando non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento, che sia fatta alla persona del creditore, o al suo domicilio o a quello scelto per l'esecuzione del contratto.

7° Che l'offerta sia fatta per mezzo di un notaio o d'altro uffiziale pubblico autorizzato a tal sorta di atti.

Art. 1261. Per la validità del deposito non è necessario che venga autorizzato dal giudice, ma basta:

1° Che sia stato preceduto da una intimazione fatta al creditore, nella quale s'indichi il giorno, l'ora e il luogo in cui la *cosa offerta* sarà depositata.

2° Che il debitore siasi privato del possesso della *cosa offerta*, consegnandola, insieme con gli interessi decorsi sino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricevere tali depositi.

3° Che siasi steso dall'*uffiziale pubblico* un processo verbale indicante la *specie delle cose offerte*, il rifiuto di accettarle per parte del creditore o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito.

4° Che quando il creditore non sia comparso, gli sia stato notificato il processo verbale del deposito, con la intimazione di ritirare la cosa depositata.

Art. 1262. Le spese dell'offerta reale e del deposito, se questi atti *sono validi*, sono a carico del creditore.

Art. 1263. Finchè il deposito non è stato accettato dal creditore, il debitore può ritirarlo, e quando lo ritiri, i suoi condebitori o i suoi fideiussori non restano liberati.

Art. 1264. Allorchè il debitore ha ottenuto una sentenza passata in giudicato, la quale abbia dichiarato buona e valida la sua offerta ed il deposito, non può più, nemmeno col consenso del creditore, ritirare il deposito in pregiudizio dei suoi condebitori e fideiussori.

Art. 1265. Il creditore il quale ha acconsentito che il debitore ritiri il deposito, dopo che questo fu dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, non può valersi pel pagamento del suo credito, delle ipoteche e privilegi che vi erano annessi.

Art. 1266. Se la *cosa dovuta* è un determinato corpo, il quale debba essere consegnato nel luogo in cui si trova, il debitore deve con atto di intimazione fare ingiungere al creditore di eseguirne il trasporto. Fatta questa intimazione, se il creditore non trasporta *la cosa*, il debitore può ottenere dal giudice di depositarla in altro luogo.

Su questa materia vedi il Codice di procedura civile, art. 902 a 912. Resulta evidente dall'insieme dei citati articoli che soltanto le cose *mobili* sono obietto possibile di offerta reale e di deposito, ma che poi è indifferente se queste cose mobili sono *danaro* o altro. Nel diritto Romano invece, l'offerta reale ed il deposito non potevano essere fatti se non quando l'obbligazione era di una somma di danaro; se era di altre cose il debitore si liberava di fronte al creditore che rifiutava il pagamento, abbandonando la cosa, dopo averlo costituito in mora (fr. 9; fr. 72 *pr.*, *Dig. de solut. et liberat.*; fr. 105, *Dig. de verb. obligat.*)

ciario ha lo stesso effetto del pagamento, e come quello estingue il debito (*cost.* 9, *Cod. de solut. et liberat.*, VIII, 43, *cost.* 19, *Cod. de usuris*, IV, 32; fr. 72 *pr.*, *Dig. de solut. et liberat.*, XLVI, 3). Ordinariamente è volontario, ma è sempre necessario farlo, quando si voglia impedire che gli interessi seguitino a decorrere (fr. 7, *Dig. de usuris*, XXII, 1, *cost.* 6, 9, 19, *Cod. eod.*, IV, 32, *cost.* 9, *Cod. de solut. et liberat.*, VIII, 43). Il debitore, che ha fatto il deposito giudiciario, può riprendersi la somma depositata, finchè il creditore non l'ha accettata, ma allora il suo debito ritorna a vivere, e gli interessi ricominciano a decorrere (*cost.* 19, *Cod. de usuris*, IV, 32). Generalmente per la liberazione del debitore, è necessario il concorso dell'offerta reale, e del deposito; ma in alcuni casi o l'offerta sola, o il solo deposito, producono lo stesso effetto.

a) Basta la *sola offerta*, quando chi paga modiche usure prometta, che nel caso in cui non paghi in un dato giorno il debito, pagherà usure maggiori. In questo caso, la sola offerta lo libera dagli effetti dannosi della mora, ed anche dai rischi e pericoli della cosa (*cost.* 9, *Cod. de usuris*, IV, 32; fr. 9, § 1, *Dig. eod.*, XXII, 1).

b) Basta il *solo deposito*, quando il debitore non può pagare il proprio creditore, perchè questi è assente, e non ha lasciato procuratore, o *adjectus solutionis causa*, o il debitore non può pagare con sicurezza il suo debito, perchè p. e. il creditore è impubere e non ha ancora tutore, o perchè il credito è litigioso, e più se lo disputano (fr. 7, § 2, *Dig. de minor.*, IV, 4; fr. 18, *Dig. de usuris*, XXII, 1). In gius Antico, come ci dice Gajo, (*comm.*, III, § 173 a 175), quando il debito era stato contratto *per æs et libram*, il pagamento si faceva con la stessa simbolica forma, la quale veniva adoperata anche quando si doveva pagare in conseguenza di un giudizio; altrimenti senza formalità: come senza formalità il pagamento si opera in gius Nuovo.[1]

[1] Il Codice civile italiano contiene un titolo sul *pagamento con surrogazione* o *subingresso*, nel quale troviamo principii, che almeno con la generalità nella quale sono nel medesimo espressi, non occorrono nel diritto Romano. Premettiamo che il pagamento con surrogazione estingue il primitivo debito, cui se ne sostituisce uno nuovo, al quale ultimo si trasferiscono tutte le garanzie che assicuravano il primitivo. È dunque cosa ben diversa dalla *cessione*. Per l'articolo 1251 la surrogazione nei diritti del creditore a favore di un terzo che paga, è *convenzionale* o *legale* (concordano la *cost.* 1 e 3, *Cod. de his qui in prior. cred.*, *cost.* 1 e 5, *Cod.*, *qui pot. in pign.*; *cost.* 22, *Cod. de pignor.*; *cost.* 9, *Cod. de solut.* ed i fr. 11, § ult. e fr. 12, § 8, *Dig. qui pot. in pign.*).

L'art. 1252 dichiara che la surrogazione è convenzionale:

1° quando il creditore ricevendo il pagamento da una terza persona, la

2° *Accettilazione.*[1]

(*Dig.*, lib. XLVI, tit. 4, *de acceptilatione; Cod.*, lib. VIII, tit. 44, *de acceptilationibus.*)

§ 548. L'accettilazione era un modo particolare di estinguere le obbligazioni verbalmente contratte. Cotali obbligazioni che derivavano dalla solennità delle formule adoperate dalle parti

surroga nei diritti, nelle azioni, nei privilegi, o nelle ipoteche che essa ha contro il debitore; questa surrogazione deve essere *espressa*, e *fatta contemporaneamente* al pagamento. Se fosse fatta *posteriormente* al pagamento, è chiaro che sarebbe inefficace; conciossiachè estinto il primitivo debito pel pagamento, sarebbero estinti anche i suoi accessori, ossia le sue garanzie; quindi non potrebbero essere trasferiti per assicurare il nuovo debito sostituito all'antico.

2° quando il debitore prende a prestito una somma, affine di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore. Per la validità di tale surrogazione è d'uopo che l'atto di prestito e la quietanza abbiano *data certa;* che nell'*atto di prestito si dichiari* che la somma fu presa a prestito *per fare il pagamento.* e nella *quietanza si dichiari* che il pagamento è stato fatto con *danari somministrati a tale effetto* dal nuovo creditore. Questa surrogazione si opera senza il concorso della volontà del creditore (concorda la *cost.* 1, *Cod. de his qui in prior. credit.*), se non che non pare che in diritto Roman o fosse necessario che il nuovo prestito si contraesse per mezzo di atto scritto.

Per l'art. 1253 la surrogazione ha luogo di diritto:

1° A vantaggio di colui che essendo egli stesso creditore, *ancorchè chirografario*, paga altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi e delle sue ipoteche (concorda in genere il fr. 24, § 3, *Dig. de reb. auct. jud. possid.* combinato con la *cost.* 1, *Cod. de his qui in prior. credit.*) ma il creditore chirografario, per diritto Romano non avrebbe avuto questo diritto (*cost.* 10, *qui potiores*).

2° A vantaggio di colui, che avendo acquistato un immobile, fino alla concorrenza del prezzo del suo acquisto paga uno o più creditori a favore dei quali il fondo è ipotecato (concordano i fr. 17, *Dig. qui potiores*, fr. 3, *Dig. de distract. pign. cost.* 3, *Cod. qui potiores.*)

3° A vantaggio di colui che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito aveva interesse a soddisfarlo (concorda la *cost.* 2, *Cod. de fidejus.*)

4° A vantaggio dell'erede con benefizio di inventario che ha pagato coi propri danari i debiti ereditari.

Per l'art. 1033 il legatario che ha estinto il debito di cui era gravato il fondo legato, sottentra nelle ragioni del creditore contro gli eredi.

L'art. 1254 avverte che la surrogazione stabilita negli articoli antecedenti (1252, 1253) ha luogo tanto contro i fideiussori quanto contro i debitori. E nel capoverso aggiunge che il creditore che fu solo in parte soddisfatto, e colui che gli fece il pagamento in parte, *concorrono insieme* a far valere i loro diritti *in proporzione* di quanto è ai medesimi dovuto. Disposizione questa, che si legge nel capoverso dell'art. 1254, molto più giusta di quella dell'art. 1252 del Codice civile francese.

Le disposizioni del diritto Romano sul pagamento con surroga, meno generali di queste del Codice nostro, le abbiamo esposte nel testo alle presenti note al § 222, Lib. 2, Vol. I. Si riscontrino.

[1] Ignota al Codice nostro.

nel vincolarsi, potevano estinguersi mediante solenni formule contrarie. L'accettilazione era insomma, il contrapposto della stipulazione, e addimandava gli stessi requisiti in senso inverso. *Quod ego tibi promisi habes ne acceptum?* domandava l'uno. Se l'altro rispondeva: *Habeo*, questa ricevuta verbale estingueva l'obbligazione; tale immaginario pagamento equivaleva ad un pagamento effettivo (GAJO, III, 169, 172). Poteva accadere che un pagamento effettivo precedesse questa ricevuta verbale (fr. 19, § 1, *Dig. de accept.*, XLVI, 2), ma anche senza di esso, per l'*acceptilatio* l'obbligazione si estingueva. Vi ha chi pretende che l'*acceptilatio* fosse un modo di estinzione, proprio anche delle obbligazioni litterali. È probabile che queste costituendosi per l'*expensilatio* con la *transcriptio*, dovessero estinguersi per l'*acceptilatio* parimente con *transcriptio*, ma nelle nostre Fonti non troviamo mai a vero dire, indicata un'*acceptilatio* fatta *literis*. L'accettilazione non era per certo applicabile in origine, alle obbligazioni contratte *re*, ed a quelle derivanti da delitto o da altre cause. Per estinguere con l'accettilazione qualunque maniera di debiti, il giureconsulto Gallo, (collega ed amico di Cicerone, e maestro di Servio Sulpizio) inventò una formula generale, con la quale si trasformava in una stipulazione un'obbligazione qualunque (GAJO, III, 170); questa formula (fr. 18, § 1, *Dig. h. t.*) si legge riportata nelle Istituzioni imperiali al § 2 di questo titolo 29 del libro III. La stipulazione nella quale era adoperato la formula di Aquilio Gallo, fu detta *stipulatio Aquiliana*. L'accettilazione estingueva il debito con tutti i suoi accessorî, liberava il mallevadore, se fatta col debitore principale, e liberava il debitore principale se fatta col mallevadore. Estingueva il debito correale per tutti i correi. (GAJO, III, 169, *Instit.*, § 1, *quib. mod. obl. toll.*, III, 29; fr. 7, § 1, *Dig. de lib. leg.*, XXXIV, 3; fr. 107, *Dig. de solut.*, XLVI, 3; fr. 1, 5; fr. 13, § 7; fr. 16, 23, *Dig. deaccept.*, XLVI, 4).

3) *Novazione.*

(*Dig.*, lib. XLVI, tit. 2, *de novationibus, et delegationibus; Cod.*, lib. VIII, tit. 42, *eod.*)

§ 549. La novazione è: la *sostituzione di una nuova obbligazione ad un'altra, che si estingue* « novatio est prioris debiti in

» aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio vel » translatio, hoc est, cum ex præcedenti causa, ita nova constitua- » tur, ut prior perimatur (fr. 1, *Dig. h. t.*). » La voce *novatio* deriva da *novare*, rinnovare: ed infatti una *nuova obbligazione*, o un *nuovo debito* si sostituisce all' antico. Tutte le obbligazioni ammettono novazione. Il contratto verbale, e l' antico contratto letterale, erano i soli contratti per mezzo dei quali, in gius Antico, si operasse la novazione. Nel contratto verbale, era con la *stipulazione Aquiliana*, che si operava novazione, nel contratto letterale con la *transcriptio a re in personam* o *a persona in rem*. Ma più usata era la *stipulatio Aquiliana*. In gius Nuovo, la novazione si opera per semplice convenzione, senza formalità alcuna. Quattro condizioni sono richieste per operare la novazione:

1° Il consenso di coloro, che la pongono in essere, i quali debbono aver capacità di consentire, e respettivamente di obbligarsi e di alienare (fr. 20, *Dig. h. t.*).[1]

2° L' intenzione manifesta ed esplicita di operare una novazione (*animus novandi*). Quell' intenzione talvolta può non apparire evidente, specialmente trattandosi di una novazione, con cui si mutino soltanto alcune accidentalità della convenzione. L' *animus novandi* non si presume: esso deve resultare manifesto dall'atto (fr. 2, *in f.*; fr. 6, *pr.*; fr. 7, 8, § 1, 2, 3, 5; fr. 9, *pr.*; fr. 26, 28, *Dig. h. t.*; fr. 71 *pr.*, *Dig. pro socio,* XVII, 2; fr. 58, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).[2] Giustiniano con una sua costituzione, che si legge nel Codice, e che è la *cost.* 8, al tit. *de novat.*, (VIII, 42), insiste su questo bisogno di constatare la volontà delle parti intesa ad adoperare una novazione, perchè la novazione abbia efficacia. In caso di dubbio, l' antica obbligazione sussiste, e vi si aggiunge la nuova. Non già che il debitore sia obbligato a pagare due volte; ma ciò che è stato stipulato nella seconda, accede alla prima, che resta intatta con tutti i suoi accessori (*cost.* 8, *Cod. h. t.*; *Instit.*, § 3, *quib. mod. oblig. toll.*, III, 29; fr. 8, § 5, *Dig. h. t.*).

3° L' esistenza di un' antica obbligazione valida. Non importa che questa prima obbligazione sia civile o naturale, pura o condizionale. (fr. 1, § 1; fr. 2; fr. 5, *in f.*; fr. 8, § 1, *Dig. h. t.*).

[1] Concorda l' art. 1268.
[2] Concorda l' art. 1269.

4° una nuova obbligazione valida, perchè se la nuova è invalida, la novazione estingue l'antica obbligazione, senza sostituirne ad essa un'altra (fr. 4, *Dig. h. t.*).

§ 550. La novazione si opera in tre modi diversi, infatti:

1° Possono il debitore ed il creditore rimanere gli stessi.

2° Può un nuovo debitore essere surrogato all'antico,

3° Può un nuovo creditore essere surrogato all'antico.[1]

1) *Debitori e creditori rimangono gli stessi.*

§ 551. Questo avviene in tutti quei casi nei quali la obbligazione riceve un'altra *causa*; o un altro oggetto è surrogato a quello che era nella prima obbligazione (fr. 58, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 1, 2, *Dig. de novat. et deleg.*, XLVI, 2), o le clausule accessorie relative al *tempo*, al *luogo*, alla *condizione*, alla *intercessione* ec. sono variate. Questa è la novazione comunemente chiamata *semplice*.

2) *Un nuovo debitore è surrogato all'antico.*

§ 552. Ciò può avvenire:

a) per *espromissione* (*expromissio*).

b) per *delegazione* (*delegatio*).

a) Per *espromissione*, quando cioè spontaneamente un nuovo debitore si presenta al creditore, per liberare l'antico, offrendo di obbligare sè. Il creditore e questo espromissore si possono accordare senza che sia necessario l'intervento, ed il consenso del primitivo debitore (fr. 8, § 5, *Dig. de novat. et delegat.*, XLVI, 2, *cost.* 25, *Cod. de pactis*, II, 3).[2]

b) Per *delegazione*, quando cioè il primo debitore (*delegante*) sostituisce verso il creditore (*delegatario*) un altro debitore (*delegato*). Questa novazione esige, oltre il consenso del nuovo debitore e del vecchio, anche quello del creditore (fr. 11; fr. 17, *Dig. de novat. et delegat.*, XLVI, 2, *cost.* 1, e 6, *cod eod.*, VIII, 42).[3]

3) *Un nuovo creditore è surrogato all'antico.*

§ 553. Ciò avviene quando l'antico creditore sostituisce a

[1] Concorda l'art. 1267.
[2] Concorda l'art. 1270.
[3] Concorda l'art. 1271.

sè come creditore, altra persona che il debitore accetta. Anche in questa novazione (la quale come l'antecedente assume il nome di *delegazione*) si esige il consenso oltre che del creditore antico e del nuovo, anche quello del debitore, al quale viene mutato il creditore (*cost.* 3, *Cod. de novat. et delegat.*, VIII, 42, *cost.* 2, *Cod. de obligat. et act.*, IV, 10). La delegazione, sia che abbia per effetto la mutazione della persona del debitore, sia del creditore, va ben distinta dalla cessione; imperocchè la delegazione estingue il debito antico, surrogandone a quello uno nuovo: mentre la cessione lascia sussistere il debito antico con tutti i suoi accessori, privilegi ed eccezioni.

§ 354. Sono ora da esaminare gli effetti della novazione.

1° Per la novazione cessa *ipso jure* la prima obbligazione con ogni suo accessorio, pegno e fideiussione [1] (*Instit.*, § 3, *quib. mod. oblig. toll.*, III, 29, *cost.* 2, 3, *Cod. h. t.*; fr. 8, § 3, *in f. Dig. ad SC. Vell.*, XVI, 1; fr. 18, 29, *Dig. h. t.*; fr. 68, § 1, *Dig. de evict.*, XXI, 2, *cost.* 4, *Cod. de fidejuss.*, VIII, 41). Attalchè molto cauti bisogna essere nell'operare novazioni, per non perdere le garanzìe che si avevano. Tuttavolta possono esser conservati per la nuova obbligazione i diritti di pegno costituiti per l'antica (fr. 11, § 1, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 3, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4). [2]

2° Il debitore perde le eccezioni, che avrebbe potuto opporre all'antico debito (fr. 12, 19, 33, *Dig. h. t.*, fr. 4, § 20, 21, *Dig. de doli mali except.*, XLIV, 4; fr. 78, § 5, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3). [3]

3° La novazione di un debito correale estingue il debito verso tutti i debitori o creditori correali, sia che il nuovo debito venga contratto fra l'uno dei correi e la parte contraria (fr. 31, § 1, *Dig. h. t.*), sia che venga contratto fra il creditore ed un terzo, che si offra come debitore della nuova obbligazione (*arg.*, fr. 20, *Dig. ad SC. Vellej.*, XVI, 1). [4]

[1] Concorda l'art. 1274 e gli artic. 1275, 1277.
[2] Concorda l'art. 1274.
[3] Concorda l'art. 1278.
[4] L'articolo 1271 dichiara che, la *delegazione* per cui un debitore assegna al creditore un altro debitore, il quale si obbliga verso il creditore, non produce *novazione*, se il creditore non ha espressamente dichiarato la sua volontà di liberare il debitore, che ha fatto la *delegazione*. In quest'articolo il legislatore nostro chiama *delegazione* ogni atto pel quale un debitore sostituisce a sè stesso verso il creditore un nuovo debitore, sia che il creditore consenta a liberare l'antico debitore, sia che intenda tenere come coobbligati il nuovo e l'antico; quindi nel linguaggio del Codice la delega-

§ 555. Fin quì abbiamo trattato della novazione dipendente dalla volontà delle parti e che si operava in antico o con una

zione ora opera *novazione* (per la liberazione dell'antico debitore) ora no, (se il nuovo debitore e l'antico rimangono coobbligati). Nel linguaggio tecnico del diritto Romano invece, la *delegazione* era una delle forme della *novazione*; onde operava sempre *novazione*. In generale (per l'articolo 1269) la novazione *non si presume*, bisogna invece che dall'*atto chiaramente resulti la volontà di effettuarla*, ma trattandosi di delegazione per la quale un debitore assegna al creditore un altro debitore, il legislatore nostro vuole di più, affinchè si abbia novazione, che il *creditore espressamente dichiari la volontà di liberare il debitore che ha fatto la delegazione* (cit. art. 1271).

L'articolo 1272 aggiunge, che il creditore il quale ha liberato il debitore da cui fu fatta la delegazione, non ha regresso contro di lui se il delegato diviene non solvente, purchè l'atto non contenga una *riserva espressa*, o il delegato non fosse di già in stato di non solvenza o di fallimento al *momento della delegazione* (concorda il fr. 26, § 2, *Dig. mandati; cost.* 3, *cod. de novat.*). Laonde la regola è la mancanza di regresso nel creditore (che ha accettato la delegazione) contro il debitore (da cui fu fatta), ma la regola soffre limitazione: 1° per la volontà *espressa* del creditore che fece riserva espressa; 2° per volontà *presunta* del creditore stesso, il quale è da ritenere avrebbe fatto una riserva se avesse conosciuto la già avvenuta insolvenza o il già verificatosi fallimento del delegato, al momento della delegazione.

L'articolo 1273 avverte, e forse senza bisogno che la *semplice indicazione fatta dal debitore* di una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione, come non la produce la *semplice indicazione* fatta dal creditore di una persona che debba per lei ricevere (concordano le *cost.* 1 e 6, *Cod. de novat., e la cost.* 8 *in f., Cod. de obligat.*). È evidente infatti che la nomina di una persona a riscuotere od a pagare per noi, non è mutamento di persona nè di creditore nè di debitore, e per conseguenza non opera novazione.

La novazione estinguendo il debito anteriore, è naturale che i privilegi e le ipoteche del credito anteriore, non passino in quello che gli è sostituito se il creditore *non ne ha fatto espressa riserva*. Così dispone l'articolo 1274, col quale concorda il diritto Romano (fr. 15, 18, 29, *Dig. de novat.*, fr. 10, § 1, *Dig. de pign. act. cost.* 4, *Cod. de fideius.*; fr. 12, § 5, *Dig. qui potior.*, Pothier, *Obblig.*, n° 599, art. 5°).

L'espressa *riserva del creditore* vale sì a fare passare a garanzia del nuovo debito, i privilegi e le ipoteche che garantivano l'anteriore; ma ciò avviene quando il debitore è lo stesso in ambedue le obbligazioni. Non è ingiusto che il debitore che aveva già ipotecato i suoi beni a garanzia di un credito, faccia servire le ipoteche stesse a garanzia del credito sostituito a quel primo, e che tali ipoteche conservino l'antica data. Ma iniquo massimamente sarebbe, che effettuandosi la novazione per la sostituzione di un nuovo debitore all'antico, le ipoteche consentite dal primitivo debitore sui propri beni si trasferissero con la loro data sui beni del nuovo debitore. I creditori ipotecari di quest'ultimo potrebbero risentirne danno irreparabile; e facili sarebbero le collusioni e le frodi a loro carico. Potrà il nuovo debitore, se vorrà, consentire anch'esso una nuova ipoteca sopra i propri beni; e questa spiegherà efficacia dalla data della sua iscrizione, ma le ipoteche ed i privilegi del primitivo credito (come dice l'articolo 1275) non si trasferiscono a garantire il credito posteriore, sui beni del nuovo debitore.

Per l'articolo 1276, se la novazione si effettua tra il creditore ed uno dei debitori in solido, i privilegi e le ipoteche del creditore anteriore, non possono essere riservate che sui beni di quello che contrae il nuovo debito. – Ciò bene inteso quando gli altri debitori in solido non concorrano alla novazione e che questa si operi a loro insaputa; perocchè se essi concorressero o intervenissero alla medesima, non vediamo perchè non potessero consentire alla traslazione di quei privilegi ed ipoteche.

La novazione sciogliendo il vincolo obbligatorio, ed *uno solo* essendo il

stipulatio o col contratto letterale (Gajo, III, 128 130), novazione chiamata dagli odierni interpreti del diritto Romano novazione *volontaria;* dobbiamo ora trattare della novazione che dicono *necessaria,* la quale avveniva in conseguenza della *litis contestatio.* Premettiamo che la voce *litis contestatio* non ha avuto sempre lo stesso significato nella procedura Romana. Nella procedura per formule (*ordinaria judicia*) si usava questo vocabolo per indicare l'atto col quale le parti si obbligavano reciprocamente ad accettare l'*judicium* ed a subirne tutte le conseguenze che potevano derivarne. Le parti, esposte le loro ragioni dinanzi al Pretore (*in jure*), consegnata dal medesimo all'attore la formula, erano rinviate davanti al giudice (*judex*); il quale meno nei casi in cui l'affare rinviavasi avanti il tribunale dei *centumviri,* era un privato senza alcun carattere ufficiale prima della sua nomina e scelto d'ordinario di comune accordo dai litiganti o almeno da essi approvato. Stabilita la persona del giudice, le parti dovevano dichiarare di accettare l'*judicium,* prendendo quali testimoni di siffatta loro dichiarazione alcuni astanti. *Testes estote* erano le parole con le quali venivano invitati a fare da testimoni: dalle quali parole pronunziate insieme dall'attore e dal reo convenuto derivò il nome di *contestatio,* quasi *cum testatio,* dato a quest'atto col quale si chiudeva la procedura davanti al Pretore (*in jure*) per far luogo alla procedura davanti al giudice (*in judicio*). Il bisogno di tali

vincolo obbligatorio dei più debitori in solido, è naturale (come dichiara l'articolo 1277) che mediante la novazione fatta fra il creditore ed uno dei debitori in solido, i condebitori restino liberati. La novazione sciogliendo il vincolo obbligatorio principale, scioglie anche l'accessorio; e perciò il citato art. 1277 aggiunge (capoverso 1°) che la novazione effettuata relativamente al *debitore principale*, libera i *fideiussori*. Ma se il creditore ha acconsentito alla novazione con uno dei più debitori in solido, *a condizione* per altro che gli altri condebitori rimangano solidalmente obbligati pel nuovo debito come già per l'antico; o se il creditore ha acconsentito alla novazione col debitore principale, ma *a condizione* che i fideiussori del primitivo debito garantiscano ugualmente il nuovo: e queste condizioni non si verificassero, perchè gli altri debitori solidali non volessero rimanere obbligati pel nuovo debito, o i fideiussori non volessero garantire il nuovo; non si verificherebbe novazione, ed il primitivo credito sussisterebbe immutato. Ciò ha dichiarato il legislatore (nel capoverso 2° del cit. art. 1277) dicendo: « ivi » nondimeno se il creditore esige nel primo caso l'adesione dei condebitori, o nel secondo quella dei fideiussori, e i medesimi ricusano di aderire alla nuova convenzione, sussiste l'anteriore.

Per l'articolo 1278, il debitore che accettò la delegazione non può opporre al secondo creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario, salva però la sua azione contro di questo. Tuttavia trattandosi di eccezioni dipendenti dalla qualità della persona, il debitore può opporle, se tal qualità sussisteva ancora al tempo in cui ha consentito alla delegazione.

testimoni che attestassero della chiusura del primo stadio del processo, come osserva il Savigny, dovè essere sentito maggiormente nella più antica procedura, cioè in quella per *legis actiones;* conciossiachè questa fosse orale; mentre nella procedura posteriore *per formule,* si dava una formula scritta (atto il quale oltre la *demonstratio,* ossia la dichiarazione dello stato dei fatti che avevano dato luogo alla lite, contenendo ancora l'*intentio* cioè le conclusioni dell'attore, e la *condemnatio,* vale a dire l'ordine dato dal magistrato al giudice di condannare o di assolvere a seconda dei resultati emergenti dall'esame dei fatti) dimostrava sufficientemente di per sè la chiusura del procedimento *in jure.* L'uso dunque dei testimoni che facessero prova di cotal chiusura passò nella procedura formulare, probabilmente come reminiscenza di una più antica consuetudine. Certo è che il nome di *litis contestatio* fu conservato all'atto finale del procedimento dinanzi al Pretore, anche quando non furono più richiesti testimoni che assistessero al medesimo. Abolita la procedura *formulare,* divenuti regola gli *extraordinaria judicia* di eccezione che erano (come lo dimostra il loro nome), cessata per conseguenza qualunque distinzione fra il procedimento *in jure* e quello *in judicio,* venuto meno l'uso della formula, il processo fu istruito da principio a fine davanti al magistrato. Allora si chiamò *litis contestatio* il momento in cui le parti avevano spiegate pienamente le loro ragioni davanti al magistrato, il momento cioè nel quale l'attore aveva esposto le sue pretensioni ed il reo convenuto aveva contradetto alle medesime (*cost.* 14, § 1, *Cod. de judiciis,* III, 1). Nella procedura *formulare* la *litis contestatio* dava vita all'obbligazione fra le parti di rispettare la formula consegnata dal Pretore e l'autorità del Giudice che doveva decidere; nella procedura ultima in tempo, cioè negli *extraordinaria judicia* la *litis contestatio* ebbe notevoli effetti relativamente all' *oggetto* della questione, e relativamente alle *parti.*

A) L'oggetto della questione rimaneva per la medesima determinato; quindi;

a) l'attore non poteva più mutare le sue domande, nè esigere altro che quello che aveva chiesto.

b) l'oggetto doveva essere dato nello stato in cui si trovava al momento della *litis contestatio;* onde il reo convenuto era responsabile di ogni danno che all'oggetto stesso fosse arrecato per

sua colpa, e da quel momento doveva render conto dei frutti naturali e civili (fr. 20, *Dig. de reivindic.,* VI, 1.)

c) l'oggetto diveniva *litigioso*, attalchè il diritto o la cosa corporale in questione non potevano essere alienati sotto pena di nullità (*cost.* 2 e 4, *Cod. de litigiosis*, IV, 12).

B) Relativamente alle *parti* gli effetti della *litis contestatio* sono non meno importanti; e di vero per lei viene sostituito alle relazioni giuridiche che esistevano anteriormente fra loro, un rapporto giuridico nuovo, gli effetti del quale saranno stabiliti dalla sentenza. Egli è per questo che si dice la *litis contestatio* produrre una *novazione*. In conseguenza di tal novazione, che chiamano *novazione giudiciaria,* le parti acquistano il diritto di trattare in giudizio la loro controversia e di averla decisa mediante sentenza (fr. 74 *pr., Dig. de judiciis*, V, 1). L'attore *non può* con l'azione omai dedotta in giudizio, perseguitare il reo convenuto (in un giudizio diverso da quello incoato) per ragione del medesimo oggetto sul quale è stata contestata la lite. Senonchè questa *impossibilità* dell'attore non derivava sempre in gius Antico da ugual motivo. In alcuni casi i rapporti giuridici fra attore e reo convenuto, preesistenti alla *litis contestatio,* erano estinti *ipso jure*, ed all'attore non era lecito far valere i suoi diritti se non mediante l'azione intentata. Ciò si verificava quando le azioni sperimentate erano *in personam* ed *in jus conceptæ*, e sperimentate in un *legitimum judicium.* In altri casi quei rapporti non si consideravano come estinti *ipso jure,* ma il Pretore garantiva il reo convenuto mediante l'eccezione *rei in litem deductæ;* ciò si verificava allorchè le azioni erano *in personam*, ma *conceptæ in factum* e sperimentate in giudizi *imperio continentia* (Gajo, III, 180, 181; IV, 106, 107).

Gajo chiama *legitima judicia* quelli che avevano luogo in Roma o dentro un miglio di Roma innanzi un solo *judex,* e fra cittadini Romani; questi potevano durare soli 18 mesi (Gajo, IV, 104). Gli altri giudizi diversi da questi e che avevano luogo davanti ai *recuperatores*, e fra stranieri e stranieri, o fra cittadini e stranieri, o fra cittadini, ma un miglio fuori di Roma. Gajo li chiama *imperio continentia*, e dovevano essere terminati dentro l'anno della magistratura di colui che aveva accordato l'azione (Gajo, IV, 104, 105).

La differenza sopra accennata negli effetti della *litis contesta-*

tio in queste due specie diverse di giudizio derivava probabilmente dalla circostanza che per i Romani i veri giudizi riconosciuti dal diritto Civile erano soltanto i *legitima judicia,* non quelli *imperio continentia;* quei primi soli potevano dunque avere effetti *diretti,* agire *ipso jure.*

Le *actiones in personam* sono azioni con le quali si fanno valere i diritti nascenti da un rapporto obbligatorio, ossia le *obligationes,* attalchè facilmente si intende come l'idea della novazione fosse applicabile ai rapporti giuridici preesistenti alla *litis contestatio* cui davano luogo. Le *actiones in rem* per lo contrario sono intese a far valere un diritto *patrimoniale reale:* quindi l' idea che la *litis contestatio* operasse una novazione non era applicabile ad esse: la novazione essendo un modo di estinzione delle obbligazioni. Nelle *actiones in personam* l' idea della novazione avrebbe potuto essere applicata sempre; se ciò non avvenne per quelle *actiones in personam* che erano in *factum conceptæ* (cioè in quelle nelle quali la formula commetteva al giudice la semplice verificazione di un fatto), ed avvenne soltanto per quelle *actiones in personam* che erano in *jus conceptæ* (cioè in quelle nelle quali la formula incaricava il giudice di verificare l'esistenza di un diritto reale o di un credito dell'attore), vuolsi attribuire alla particolarità che le *actiones in factum conceptæ* non derivavano dall'*jus civile* bensì dall'*imperium* del Pretore; ed il Pretore non poteva direttamente annullare dei diritti che l'attore avesse avuto contro il reo convenuto, ma soltanto renderli inefficaci mediante un'*exceptio.* Così si spiega perchè a seconda dell' indole dell'azione la *litis contestatio* ora avesse effetti *ipso jure,* ed ora *ope exceptionis.* Noi per altro crediamo che la *litis contestatio* non annullasse mai in un modo assoluto l' obbligazione preesistente che intercedeva fra l'attore ed il reo convenuto, e che invece la trasformasse soltanto in una *naturalis obligatio,* cioè consumasse l'azione ma non il diritto. E crediamo che quest' effetto la *litis contestatio* abbia ancora nel diritto Giustinianeo, nel quale essa opera sempre *ope exceptionis* (fr. 8, § 3, *Dig. de fidejussoribus,* XLVI, 1). Il principio che la *litis contestatio* estinguesse l' azione dedotta in giudizio (*in litem deducta actio*) sicchè essa non potesse essere più sperimentata, aveva grande influenza nel rapporto di correalità sì attiva che passiva. E di vero l' obbligazione correale essendo subiettivamente moltiplice, ma obiettivamente unica ed

identica, ove l' uno dei *correi credendi* avesse sperimentato l'azione contro il debitore comune, gli altri non potevano sperimentarla di nuovo, fosse stato il reo convenuto assoluto o condannato: e viceversa ove il creditore di più *correi debendi* avesse sperimentato l'azione contro uno di essi, non poteva più intentarla contro gli altri, qualunque fosse stato il resultato del primo esperimento della medesima. Ad ovviare agli inconvenienti resultanti quanto alla correalità dagli indicati principii relativi alla *litis contestatio*, Giustiniano pubblicò la *cost.* 28, *Cod. de fidejus.* (VIII, 41). Per questa costituzione la contestazione della lite con uno dei confideiussori non libera più gli altri, come non libera gli altri debitori correali la contestazione della lite con uno dei medesimi; ed è da ritenere che fosse mente del legislatore stabilire l'identico principio rispetto alla correalità attiva, cioè che l' azione intentata dall'uno dei *correi credendi* non estinguesse il diritto negli altri di sperimentare alla loro volta l' azione stessa.

Laonde nel diritto Giustinianeo la consumazione dell'azione come effetto della *litis contestatio*, non ha più luogo, e la regola *electo altero, alter liberatur* (ossia escusso uno dei correi, rimane liberato l'altro) è una mera istorica reminiscenza. Tuttavia alcune vestigia di questi antichi principii passarono nelle Pandette (vedi i fr. 16, *Dig. de duobus reis*, XLV, 2; fr. 5, *in f. Dig. de fidejussoribus*, XLVI, 1; fr. 31, § 1, *Dig. de novat.*, XLVI, 2), e in molti testi si riconoscono le interpolazioni dei compilatori delle collezioni giustinianee per armonizzarli coi nuovi principii sulla *litis contestatio* (per es. nel fr. 8, § 1, *Dig. de legatis*, 1, 30); e nella *cost.* 2, *Cod. de fidejus.*, VIII, 4; (vedi SAVIGNY, *Trattato delle obbligazioni* al § 19, cap. 1).

4° *Il Mutuo Dissenso.*

§ 556. È questo un modo di scioglimento delle obbligazioni contratte mediante il consenso. Come col consenso si concludono, così col consenso contrario al primo, (o come dicono: *col mutuo dissenso*) si sciolgono. Ma affinchè questo avvenga è necessario che l' obbligazione non sia stata eseguita, (*rebus integris*): poichè dopo la sua esecuzione, se le parti vogliono ritornare allo stato pristino, è necessario fare una nuova convenzione in senso con-

trario alla prima. Ed in vero l'esecuzione data al contratto consensuale, gli ha trasfuso l'indole delle obbligazioni derivanti dai contratti reali: quindi il bisogno di un nuovo contratto. Ed esemplificando, a cosa intiera, le parti possono, se vogliono, recedere da un contratto di compra e vendita, ma dopo la tradizione, il mutuo dissenso non vale a sciogliere la vendita: è necessaria una retrovendita (*cost.* 1, 2, *quando liceat ab emtione discedere,* IV, 45, *Instit.,* § 4, *quib. mod. obl. toll.,* III, 29; fr. 7, § 6; fr. 58, *Dig. de pactis,* II, 14; fr. 72 *pr., Dig. de contr. emt.,* XVIII, 1; fr. 2; fr. 3; fr. 5; § 1, *Dig. de rescind. vend.,* XVIII, 5; fr. 80, *in f.,* fr. 95, § 12, *Dig. de solut.,* XLVI, 3).[1]

§ 557. Le cause fin qui dichiarate, sono le cause per le quali le obbligazioni si estinguono *ipso jure,* che le Istituzioni imperiali enumerano. Ma a queste si possono aggiungere:

5° *La distruzione della cosa.*[2]

§ 558. Se la cosa obietto della obbligazione perisce per un caso fortuito, e quella cosa era un *corpo certo* individualmente

[1] Pel Codice nostro quando la vendita ha per obietto una cosa determinata, la mera volontà delle parti non può annullare il primitivo contratto, conciossiachè appena conclusa la vendita, la proprietà è trapassata nel compratore: è dunque necessaria una retrovendita perchè cessi la proprietà nel nuovo acquirente, e ritorni all'antico proprietario.

[2] Per l'articolo 1298, quando una *determinata cosa* che formava l'oggetto dell'obbligazione, perisce, od è posta fuori di commercio, o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa è perita o posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, e prima che questi fosse in mora. Ancorchè il debitore sia in mora e non abbia assunto a suo carico il pericolo dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore ove gli fosse stata consegnata. Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega (concordano i fr. 23, *Dig. de verb. obligat.;* fr. 23, *Dig. de reg. juris*). In qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta dal restituirne il valore (concordano i fr. *ult. Dig. de condict. furt.* e fr. 1, § 34, *Dig. de vi et vi armata*).

Allorchè la cosa è perita, posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, i diritti e le azioni che gli spettavano riguardo alla medesima passano al suo creditore (art. 1299).

La distruzione della cosa, l'essere posta fuori di commercio, e l'essere smarrita in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza cagionano l'estinzione dell'obbligazione in conseguenza del principio che nessuno è tenuto all'impossibile: è impossibile che in tali casi il debitore dia la cosa. Lo stesso principio varrebbe se il debitore si fosse obbligato ad *un fatto,* la cui esecuzione fosse divenuta impossibile senza sua colpa, e prima che egli fosse posto in mora. L'obbligazione si estingue dunque, diciamolo in un modo più generale, per qualunque evento, non imputabile al debitore, che ne renda l'esecuzione impossibile.

determinato, cioè una *specie*, e non un *genere*, il debitore è liberato dalla sua obbligazione, quando egli non fosse stato in mora. Lo stesso si dica se il debitore è nella impossibilità assoluta, ed a lui non imputabile di *facere* o di *præstare*. La sua obbligazione cessa. (vedi sopra, § 252, 253).

6° *Concorso di due cause lucrative.*

§ 559. Quando una persona ha diritto di esigere qualche cosa a *titolo lucrativo*, il suo credito si estingue, se acquista la cosa stessa in forza di altro *titolo lucrativo*, giusta il principio, che in materia di legati specialmente dovremo ripetere: che *due cause lucrative nello stesso individuo, e circa alla cosa stessa, non possono concorrere* (fr. 17, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7; fr. 83, § 6, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; *Instit.*, § 6, *de legatis*, II, 20). [1]

7° *Confusione.*

§ 560. Quando le qualità di debitore e di creditore si sono riunite nella stessa persona (il che specialmente avviene per la eredità) il credito naturalmente sussiste, ma siccome non può essere ripetuto, perchè è assurdo che il debitore agisca contro sè stesso per esigerne il pagamento, il debito *civilmente* si estingue (fr. 75; fr. 95, § 2; fr. 107, *Dig. de solut. et lib.*, XLVI, 3; fr. 71 pr., *Dig. de fidejus. et mand.*, XLVI, 1). [2]

[1] Concorda l'art. 843, capoverso.

[2] Gli articoli 1296 e 1297 relativi alla *confusione* dei diritti concordano in sostanza col diritto Romano.

Infatti l'art. 1296 dichiara: quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, avviene una confusione di diritto che estingue il debito od il credito.

L'art. 1297 aggiunge; la confusione che si opera per la riunione delle qualità di creditore e debitore principale nella stessa persona profitta ai fideiussori.

E nel capoverso all'articolo stesso (1297) si legge: La riunione nella persona del fideiussore della qualità di creditore e di debitore principale non produce l'estinzione dell'obbligazione principale. Evidentemente si vuol significare · 1° Che se nella stessa persona del fideiussore si riunisce la qualità di creditore, è estinta la fideiussione, ma rimane intatta l'obbligazione del debitore principale, 2° che se nella stessa persona del fideiussore, si riunisce la qualità di debitore è estinta la fideiussione, ma rimane intatta l'obbligazione principale. Per altro per togliere all'articolo ogni dubbiezza bisogna leggerlo così: La riunione nella persona del fideiussore della qualità di creditore, o di debitore principale non produce l'estinzione della obbligazione principale.

L'ultimo capoverso dell'art. 1297 dichiara che la confusione nella persona di uno dei debitori in solido non profitta ai suoi condebitori, se non per

Stando allo stretto gius, il credito sarebbe *ipso jure* estinto. Tuttavolta siccome l'assoluta estinzione di siffatto credito sarebbe contraria all'equità, si ritiene nella legislazione Romana, che detto credito si trasformi e sussista quale *naturalis obligatio*. La confusione rende impossibile lo sperimento dell'azione inerente al credito, ma quest'impossibilità si limita alla persona che riunì in sè le due qualità di creditore e di debitore, ossia alla sola persona nella quale si verificò la confusione. Quindi se a lato a tal persona esistono altri debitori indipendenti dalla medesima, la confusione non ha per riguardo a questi ultimi effetto di sorta. Il qual concetto esprime ottimamente Paolo nel fr. 71 pr., *Dig. de fidejuss.*, (XLVI, 1) allorchè dice: *confusio potius eximit personam quam extinguit obligationem;* la confusione piuttosto chè estinguere l'obbligazione esime la persona; in altro termine, la persona nella quale la confusione si verifica diviene esente dall'obbligazione (ben inteso *civiliter* ma *non naturaliter*): e l'obbligazione rimane intatta per gli altri.

Laonde, nonostante la confusione, il debito e il credito producono tutti gli effetti che abbiamo veduto essere propri dell'obbligazione *naturale*, e che sono indipendenti dall'esercizio di un'azione. Anzi rileviamo dal fr. 1, § 18, *Dig. ad legem Falcidiam*, (XXXV, 2) che il debitore divenuto erede del suo creditore, quando doveva calcolare se gli rimaneva libera la *quarta* parte dell'eredità, doveva imputare in quella quarta l'ammontare del suo debito verso il defunto, cui come erede succedeva, precisamente come se fosse il debito di un estraneo, ed egli non fosse erede; doveva insomma imputare quel debito, come se confusione non fosse avvenuta. Allorquando è un creditore quegli che per confusione perde il suo credito, ed egli non ha per debitore altri che la persona alla quale succede, l'obbligazione naturale che rimane superstite alla confusione, ha difficilmente occasione di manifestarsi; conciossiachè quell'obbligazione faccia carico ad esso medesimo. Ma se un tal creditore, divenuto erede del proprio debitore, perdesse poi l'emolumento della successione, il suo credito contro il defunto potrebbe allora produrre effetti

la porzione di cui era debitore. Nell'antico diritto Romano ciò era vero per i soli debitori correali che erano *soci* fra loro (*fr. 71 pr., Dig. de fidejus.*): ma a nostro credere ammesso in seguito il regresso dei correi fra loro, il principio sanzionato dal nostro Codice prevalse anche a Roma per tutti i correi di debito (Vedi Savigny, *Delle obbligazioni*, vol. I, § 23, 24, 25).

notevoli. Supposto che egli fosse succeduto per testamento, e che gli eredi legittimi con la *querela inofficiosi testamenti*, ottenessero la rescissione del testamento, il suo credito, estintosi *civilmente* per l'adizione della eredità, riprenderebbe il suo pristino carattere. Ove poi il creditore fosse istituito erede dal suo debitore *con l'obbligo di restituire tutta l'eredità* e fosse costretto a restituirla, mentre con l'adizione dell'eredità il suo credito erasi *civilmente* estinto, restituita l'eredità al fedecommessario, il suo credito vale come una *naturalis obligatio*, e ne ha gli effetti più importanti (fr. 59, *Dig. ad SC. Trebell.*, XXXVI, 1). Conseguenza del principio che la confusione piuttosto che estinguere l'obbligazione esime la persona si è, che supposti due *rei promittendi*, all'uno dei quali succeda come erede il creditore comune, questi può escutere l'altro correo di debito, *in solidum*, cioè per l'intiero, ammenochè non fosse esistita *società* fra questi correi di debito (fr. 71, *Dig. de fidejus.*, XLVI, 1). Liberato uno dei debitori correali in conseguenza di confusione, rimane liberato anche il suo personale fideiussore, ma rimane obbligato il fideiussore personale dell'altro correo, perchè la confusione non giova al correo che quest'ultimo fideiussore ha garantito (cit. fr. 71, *Dig. de fidejus.*). Confusione non si verifica quando l'uno dei debitori correali succeda all'altro, o quando l'uno dei creditori correali succeda all'altro; il successore potrà essere escusso, o potrà escutere per due ragioni, cioè *ex persona propria*, e come erede del suo *correo*; l'una di queste ragioni non estingue l'altra nè prevale all'altra (fr. 13, *Dig. de duob. reis*, XLV, 2; fr. 5, *Dig. de fidejus.*, XLVI, 1; fr. 93, § 2 e 3, *Dig. de solutionib.*, XLVI, 3). Se il fideiussore diviene erede del debitore principale, o viceversa, se il debitore principale diviene erede del fideiussore, la qualità di fideiussore come secondaria, rimane assorbita dall'altra di debitore principale; ammenochè l'obbligazione del fideiussore non sia *più efficace* di quella del debitore principale (fr. 13; fr. 21, § 2, *Dig. de fidejus.*, XLVI, 1; fr. 93, § 1, 2, 3, *Dig. de solutionib.*, XLVI, 3). Se è il creditore che succede al fideiussore, o viceversa se è il fideiussore che succede al creditore, la fideiussione anche in tali casi si estingue: perchè non è possibile essere fideiussori di sè stessi; ma l'obbligazione principale persiste, perchè il principale può sussistere senza l'accessorio.

§ 561. Le obbligazioni si estinguono:

Ope exceptionis.

nei casi seguenti:

1° del patto *de non petendo,*

2° della compensazione,

3° della prescrizione,

4° della restituzione in intiero.

1° *Patto de non petendo.*

§ 562. È questa una *convenzione, con la quale il creditore consente a considerare il suo credito come estinto.* Di fronte al diritto Pretorio, questo patto era quello che di fronte al diritto Civile era l'accettilazione.[1] Se non che differiva dall'accettila-

[1] Pel Codice nostro in qualunque maniera il creditore abbia voluto assolvere il debitore dal pagamento, la convenzione sarà sempre efficace: dunque non vi ha luogo a distinguere, come in diritto Romano, *accettilazione* da *patto di non chiedere* (*pactum de non petendo*). Essenziale cosa è di constatare se veramente il creditore volle liberare il debitore. Ora il Codice nostro stabilisce (d'accordo col diritto Romano) che la restituzione volontaria del titolo originale del credito sotto forma privata, al debitore, costituisce la prova della liberazione, tanto in favore dello stesso debitore, quanto in favore dei condebitori in solido (art. 1279, col quale concorda il fr. 2, § 1, *Dig. de pact.* Per altro per l'art. 1280, la restituzione del pegno non basta per far presumere la rimessione del debito: è necessaria la prova di una speciale convenzione in contrario (concorda il fr. 3, *Dig. de pactis;* ivi: « *nisi specialiter contrarium actum esse probetur.* » Sulla questione se la liberazione debba intendersi estesa anche ai terzi, il Codice nel citato articolo 1279, seguitando le regole dell'*acceptilatio,* decide che la restituzione del titolo originale del credito sotto forma privata, giova anche ai condebitori in solido. Per l'art. 1281 il creditore, il quale vuole liberare uno solo dei condebitori in solido, e non gli altri, deve espressamente riservarsi i suoi diritti contro di essi. Ma in tal caso non può ripetere il credito se non colla detrazione della parte di colui al quale ha fatto la rimessione. Vi ha chi ha sostenuto che in diritto Romano si seguitasse la stessa regola, argomentandolo dal fr. 2, *Dig. de duob. reis constit*, dal fr. 51 *in f., Dig. de evict.,* dal fr. 34, § 1, *Dig. de solut.,* dal fr. 13 *in f.,* e fr. 16 *in pr., Dig. de acceptilat.,* e dal fr. 34, § 11, *Dig. de solut.* Del resto vedi in proposito Vinnio, *Quæst. select.*, lib. 1, cap. 6.)

Per l'art. 1282 la rimessione o liberazione convenzionale accordata al debitore principale libera i fideiussori, ma quella accordata al fideiussore non libera il debitore principale (concorda il fr. 21, § 5, *Dig. de pactis;* fr. 23, *Dig. eod.*)

Per l'articolo 1283, la liberazione accordata dal creditore ad uno dei suoi fideiussori senza il consenso degli altri, profitta ai medesimi per la parte di quello che fu liberato (concorda il fr. 15, § 1, *Dig. de fidejussorib. et mandat.*).

Per l'articolo 1284 è prescritto generalmente, che in ogni caso ciò che il creditore ha ricevuto da un fideiussore per liberarlo dalla cauzione, deve imputarsi al debito, e portarsi a scarico del debitore principale e degli altri fideiussori (concorda il cit. fr. 15. § 1, *Dig. de fidejus. et mandat.*)

zione in questo: che l'accettilazione aveva luogo soltanto mediante parole, ed estingueva obbligazioni verbali, o obbligazioni diverse, ma ridotte ad obbligazioni verbali; mentre il patto, del quale trattiamo, estingueva le obbligazioni di qualunque genere, derivanti sia da contratto, sia da delitto, sia da quasi contratto, sia da quasi delitto. Questo patto operava l'estinzione dell'obbligazione *ope exceptionis*, perchè non dava se non che una eccezione, (introdotta dal pretore) la quale paralizzava l'azione, che il creditore avesse sperimentato. Come i semplici patti non facevano nascere obbligazioni civili, così non bastavano ad estinguere civilmente obbligazioni esistenti; essi procuravano una liberazione *naturale*, che si faceva valere mediante un'eccezione *Instit.*, § 3, *de except.*, IV, 13; fr. 27, § 2, *Dig. de pactis*, II, 14). L'eccezione del *pactum de non petendo* distruggeva l'elemento *naturale* della obbligazione, cui era opposta; infatti con la *condictio indebiti*, potevasi ripetere ciò che fosse stato pagato da chi potendo opporre l'eccezione stessa, aveva per errore omesso di farlo (fr. 32, § 1; fr. 40, *Dig. de cond. indeb.*, XII, 6). Il patto *de non petendo* può rimettere il credito, sia *totalmente*, sia *parzialmente*.

§ 563. Si possono distinguere due forme di questo patto. Può essere cioè concepito *in rem*, ed *in personam*.

a) *In rem*, ed allora procura una liberazione pura e semplice; dà una eccezione per respingere l'azione che fosse intentata dal creditore ed i suoi aventi causa, eccezione che può essere opposta dal debitore, e da' suoi aventi causa (*Instit.*, § 4, *de replicat.*, IV, 14; fr. 27, § 2, *Dig. de pactis*, II, 14). Ma tal patto non estingue per tutti i rispetti il debito. Laonde se un creditore correale ha fatto col debitore un patto *in rem*, gli altri *correi credendi* non ne sono pregiudicati (fr. 27 *pr.*, *Dig. de pactis*, II, 14). Del pari i terzi non possono per regola prevalersi di questo patto nel loro interesse, perchè per essi è *res inter alios acta*. Lo potrebbero peraltro, tutte le volte che il debitore vi avesse un interesse (fr. 21, § 5, *Dig. de pactis*, II, 14). Di qui deriva che il fideiussore può profittare di questo patto *in rem* fatto col debitore, perchè altrimenti il debitore sarebbe obbligato a rimborsare il fideiussore, e così il patto indirettamente tornerebbe per lui debitore inutile (*Instit.*, § 4, *de replicat.*, IV, 14; fr. 29, *Dig. de receptis*, IV, 8; fr. 5 *pr.*, *Dig. de lib. leg.*, XXXIV, 3; fr. 1, § 8,

Dig. quar. rer. act. non datur, XLIV, 5; *cost.* 11, *Cod. de except*, VIII, 36).

b) Il patto *de non petendo* è concepito *in personam*, quando o è fatto soltanto per riguardo alla *persona* del debitore, e non può essere che da lui opposto, o è fatto soltanto per riguardo alla *persona* del creditore, e non può essere opposto che a questo (fr. 17, § 3, 4; fr. 22; fr. 25, § 1; fr. 57, § 1, *Dig. de pactis*, II, 14). La questione intesa a decidere se un patto di questo genere è concepito *in rem* o *in personam*, è questione d'interpretazione di volontà, la quale non può risolversi che dietro l'esame delle parole della convenzione. Nel dubbio si presume che il patto sia concepito *in rem* (fr. 7, § 8; fr. 21; fr. 22, *Dig de pactis*, II, 14; fr. 9, *Dig. de probat.*, XXII, 2; *Instit.*, § 4, *de replic.*, IV, 14).

2° *Compensazione.*

(*Dig.*, lib. XVI, tit. 2, *de compensationibus*; *Cod.*, lib. IV, tit. 31, *eodem.*)

§ 564. Allorchè il debitore ha alla sua volta un credito contro il proprio creditore, può opporglielo, quando questi lo escuta.

La compensazione si fonda:

1° Su di un principio di giustizia. Sarebbe ingiusto che chi è creditore di un altro, perseguitasse questo che alla sua volta è creditore di lui attore (fr. 173, § 3, *Dig. de reg. juris*, L, 17).

2° Su di un principio di *utilità*, poichè giova alla speditezza, alla semplicità, ed alla sicurezza delle contrattazioni pagarsi da sè, quando siamo debitori verso un nostro debitore, anzichè pagarlo, per poi farsi pagare. La legge ha per queste considerazioni ammesso, che le due obbligazioni si estinguessero fino a concorrenza del loro respettivo ammontare. La compensazione è dunque una reciproca *solutio* (fr. 76, *Dig. de verb. signif.*, L. 16), o, il che torna lo stesso, una imputazione reciproca di ciò che l'una parte deve all'altra (fr. 1, *Dig. h. t.*). Essa richiede il concorso delle seguenti condizioni:

1° Due debiti *validi* (fr. 14, *Dig. h. t.*), qualunque ne sia la causa e l'origine. Di vero il debito *naturale* può compensarsi con un debito *civile* (fr. 6 e 9, *Dig. eod.*).

2° I due debiti debbono avere per *obietto delle cose fungibili*

e della stessa natura.[1] La compensazione è infatti un pagamento reciproco, laonde il creditore non può essere astretto a ricevere cosa di natura diversa da quella dovutagli. Ma non importa che i due debiti ammontino alla medesima somma, nè che l'uno sia fruttifero, l'altro no, che l'uno non sia garantito da fideiussori, e l'altro lo sia (*Instit.,* § 39, *de act.,* IV, 6; *cost.* 5, *Cod. h. t.;* fr. 11, 12, 15, *Dig. eod.*).

3° Il credito opposto deve essere *incondizionato* e *scaduto.* Se il credito che si vuole opporre in compensazione *non è scaduto*, si verrebbe indirettamente ad obbligare il debitore a pagare prima della scadenza (fr. 7 *pr.*, fr. 16, § 1, *Dig. h. t.*). Se è *condizionato*, finchè non si verifica la condizione, non è per anche un credito.

4° Il credito opposto deve essere *liquido,* vale a dire, tale che per essere provato ed esatto, non richieda atti di procedura, fuori di proporzione con la domanda alla quale si oppone (*Instit.*, § 30, *de act.,* IV, 6; *cost.* 14, § 1, *Cod. h. t.*). *Illiquido* non è un credito soltanto contestato, altrimenti potrebbe il debitore al quale viene opposto, renderlo sempre illiquido contestandolo.[2]

§ 565. Non ammettono compensazione:

1° Alcuni crediti del fisco, delle città e dei municipi (fr. 46, § 5, *Dig. de jure fisci,* XLIX, 14; *cost.* 3, *Cod. h. t.*).

2° Il credito del depositario verso il deponente; vale a dire chi ha l'obbligo di restituire la cosa depositata in sua mano, non può per ritenerla, opporre in compensazione un contro credito (vedi sopra, § 298).

3° Il credito di chi ha un illegale possesso; cioè chi ha ingiustamente privato altri del possesso di una cosa, non può liberarsi dal suo debito di restituirla, opponendo in compensazione allo spogliato un contro credito (*cost.* 14, § 2, *Cod. h. t.*)[3]

[1] Concorda l'art. 1287.
[2] Concorda l'art. 1287.
[3] Pel Codice nostro non si può compensare un debito *naturale* con un debito *civile*, perchè, come dicevamo altrove, il debito naturale *non è esigibile*, e l'articolo 1287 addimanda che i debiti da compensare sieno *liquidi* ed *esigibili.*

L'articolo 1289 dichiara: la compensazione ha luogo qualunque sieno le cause dell'uno o dell'altro debito, eccettuato i seguenti casi:

1° quando si tratta della domanda per la restituzione della cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato (concorda la *cost.* 14, § 2, *Cod. de compensat.*).

2° Quando si tratta della domanda per la restituzione del deposito e del commodato. (Pel deposito concorda la *cost.* 14, § 1, *Cod. de compensat.* Pel

§ 566. Il debitore ha facoltà di opporre in compensazione soltanto dei crediti, che gli appartengono (fr. 16; fr. 18, § 1; fr. 23, *Dig. h. t.; cost.* 1 e 9, *Cod. eod.*); può per altro opporre eziandio quelli della persona, cui è succeduto come erede (fr. 16, *Dig. h. t.*) perchè ne continua la personalità giuridica. Il debitore perseguitato dal cessionario, ha facoltà di compensare il suo debito con un credito, che avesse contro il cessionario stesso, o contro il cedente (fr. 4 e 5, *Dig. h. t.*), ed il fideiussore può opporre in compensazione al credito garantito pel quale viene escusso, tanto un credito che egli avesse contro l'attore, quanto un credito che contro l'attore medesimo avesse il debitore principale (fr. 4 e 5, *Dig. h. t.*).

§ 567. *Effetto* della compensazione è l'estinzione dei due debiti, fino a concorrenza del respettivo loro ammontare (*Instit.,* § 39, *de act.,* IV, 6; fr. 11, *Dig. h. t.; cost.* 5 e 12, *Cod. eod.*). Ai tempi di Giustiniano si diceva, che questo avveniva *ipso jure* (fr. 4, 10, 21, *Dig. h. t.; cost.* 4 e 14, *Cod. h. t., Inst.,* § 30 *de act.,* IV, 6).[1] Ma con tali parole non si voleva dire, che la compensa-

commodato si può argomentare la concordia dai fr. 18 *pr., Dig. de pignorat. act.* e fr. 2, § 1, *Dig. de reb. credit.*, i quali frammenti dispongono che le cose *infungibili* non possono formare oggetto di compensazione; ed il commodato ha per obietto cose *infungibili*).

3° Quando si tratta di un debito il cui titolo deriva da alimenti dichiarati non soggetti a sequestro.

4° Quando il debitore ha preventivamente rinunziato alla compensazione.

Per l'articolo 1290 il fideiussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale, ma il debitore principale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fideiussore (concordano i fr. 4, 5, 18, § 1, *Dig. de compensat. cost.* 9, *Cod. eod.*)

Il debitore in solido non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore, se non sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore (art. 1290, capoverso).

Il debitore che senza condizione o riserva ha consentito alla cessione che il creditore ha fatto delle sue ragioni ad un terzo, non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima dell accettazione. La cessione però non accettata dal debitore, ma che gli fu notificata, non impedisce la compensazione, fuorchè dei crediti posteriori alla notificazione (art. 1291).

Quando i due debiti non sieno pagabili nello stesso luogo, non si può opporre la compensazione se non computate le spese di trasporto al luogo del pagamento (art. 1292 col quale concorda il fr. 15, *Dig. de compensat.*).

La compensazione non ha luogo in pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo. Quegli perciò che essendo debitore, divenne creditore dopo il sequestro fatto presso di sè a favore di un terzo, non può opporre la compensazione a pregiudizio di chi ottenne il sequestro (art. 1294).

Le dilazioni che si fossero concesse gratuitamente dal creditore non sono di ostacolo alla compensazione (art. 1288).

[1] La compensazione pel Codice nostro è un vero e proprio pagamento reciproco, che (contro i principii del diritto Romano) avviene *in virtù della legge*

zione avvenisse per disposto di legge, eziandio all'insaputa dei debitori, e pel solo fatto della coesistenza delle due obbligazioni; imperocchè i debitori debbono anzi opporre la compensazione, e finchè non l'oppongono le due obbligazioni sussistono (*Instit.*, § 30, *de act.*, IV, 6; fr. 2, 5, 10, § 2, *Dig. h. t.*; *cost.* 6, 10, *Cod. eod.*). Ma se la oppongono, essa ha un effetto retroattivo fino al giorno in cui cominciò la coesistenza delle obbligazioni stesse; e da quel giorno si ritiene cessato il corso degli interessi, e liberati i mallevadori (fr. 4, 11, 12, *Dig. h. t.*; *cost.* 4, 5, 12, *Cod. eod.*; fr. 43, *Dig. de solut.*, XLVI, 3). In gius Antico la compensazione non potea verificarsi se non che nei giudizi di *buona fede* (*bonæ fidei judicia*), e quando i due crediti che volevansi compensare derivavano dalla stessa causa (*ex eadem causa*), cioè dal medesimo contratto di buona fede. E ciò perchè nei giudizi di *buona fede,* a differenza di quello che avveniva nei giudizi di *stretto gius,* il *giudice* aveva la facoltà di prendere cognizione di qualunque eccezione fondata sull'equità, abbenchè non contenuta nella *formula trasmessagli* dal *pretore*; laonde il *giudice* poteva accogliere la compensazione che il reo convenuto avesse opposto alle domande dell'attore; e di vero sarebbe stato contrario all'equità che avesse condannato il reo convenuto a pagare ciò che egli immediatamente dopo avrebbe potuto esigere dall'attore che avesse subito dopo convenuto qual suo debitore. Nei giudizi di *stretto gius* per lo contrario, il *giudice* non potendo prender cognizione delle *eccezioni,* non contenute nella formula, non poteva neppure farlo per la compensazione, se intorno a questa la *formula* taceva. Nei giudizi di *buona fede,* il *giudice* da primo ammise la compensazione opposta dal reo con-

e perfino *senza saputa dei debitori*, al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti, che reciprocamente si estinguono per quantità corrispondenti (art. 1286). Tanto è vero essere pel Codice nostro la compensazione un pagamento reciproco, che concorrendo simultaneamente più debiti o crediti della stessa persona abilitata a compensare, si seguitano per la compensazione le regole medesime, le quali per l'imputazione dei pagamenti sono stabilite all'art. 1258 (art. 1293); e che chiunque ha pagato un debito il quale era estinto in forza della compensazione, non può poi pretendere, esigendo il credito che aveva contro l'altra parte, di prevalersi *in pregiudizio dei terzi* delle ipoteche, privilegi e cauzioni annesse ad esso, ammenochè non abbia avuto un giusto motivo di ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare col suo debito (art. 1295); *di fronte ai terzi*, si può dire che la sua azione primitiva sia estinta, e che non gli rimanga che la ripetizione della somma pagata, come pagata indebitamente.

venuto, soltanto quando il credito che il reo convenuto opponeva derivava dalla stessa causa del credito vantato dall'attore; quando cioè derivavano ambedue da un medesimo contratto di buona fede, bilaterale, perfetto o imperfetto (*ex pari causa*). Ancora per questa ragione in antico la compensazione non poteva essere opposta mai nei giudizi di *stretto gius*; ed in vero i giudizi di *stretto gius* presupponevano sempre una contestazione sopra un'obbligazione *unilaterale* (vedi sopra, § 278, lett. *c*): laonde in questi giudizi i due crediti non potevano avere una sola e medesima causa. Ma in seguito nei giudizi di buona fede fu ammessa la compensazione ancora *ex dispari causa*, perocchè si considerò che o fosse uguale o diversa la causa dei crediti, era sempre *in dolo* l'attore il quale ripeteva ciò che sapeva potere essere costretto a pagare immediatamente dopo. Cessò allora una delle ragioni per le quali la compensazione non poteva essere ammessa nei giudizi di *stretto gius*. Introdotta poi da Marco Aurelio l'*exceptio doli generali* (dietro la considerazione che: *dolo facit qui petit quod restituturus est, Instit.*, § 30, *de actionibus*, IV, 6; *cost. ult. pr.*, § 1, *Cod. de compensat.*, IV, 31; *cost.* 11, *Cod. depos. vel contra*, IV, 34), il *Pretore* potè sulla richiesta del reo convenuto, inserire quell'*exceptio* nella formula; ed il *giudice* fu allora autorizzato ad ammettere la compensazione sebbene si trattasse di un giudizio di *stretto gius*. Per conseguenza, nei giudizi di buona fede il *giudice*, sulla richiesta del reo convenuto, poteva ammettere la compensazione senza bisogno che fosse stata inserita nella formula, mentre ne' giudizi di stretto gius il *giudice* poteva ammetterla soltanto quando fosse stata inserita nella formula come *exceptio doli*. Il perchè in questo secondo caso si diceva che la compensazione operavasi *ope exceptionis*, e nel primo caso in contrapposto si diceva che operavasi *ipso jure*.

Allorchè il sistema *formulare* cedè il posto agli *extraordinaria judicia*, e sparì la distinzione fra l'*jus*, processo davanti al *pretore*, e l'*judicium*, processo davanti al *giudice*, ed il magistrato giudicò da sè e senza bisogno di dare o di ricevere *formule*, non si potè più parlare di eccezioni inserite o non inserite nelle formule; il magistrato prese allora da sè e sempre cognizione della compensazione opposta dal reo convenuto; allora si disse che la compensazione si operava sempre *ipso jure*. Di quest' espressione, ed in questo senso si valgono l'imperatore Giusti-

niano nella citata sua *cost.* 4, *Cod. de compensat.,* IV, 31, ed i compilatori delle Istituzioni imperiali nel § 30, *de actionibus,* IV, 6. Appunto perchè (in diritto Romano) la compensazione non avviene per sola forza della legge ed appena le due obbligazioni contrarie coesistono, noi vediamo deciso che se il creditore (p. e. Tizio) di due debitori correali (Caio e Sempronio, i quali debbono verbigrazia 100) è o diviene debitore per un'ugual somma di uno di essi (per esempio di Caio) il debito dell'altro, Sempronio, non è estinto. Tizio potrà dunque procedere giudicialmente contro Sempronio, nè Sempronio potrà opporgli in compensazione il credito che contro lui attore ha Caio. Questa regola soffre limitazione nel caso che i due correi di debito fossero *soci.* Essendo *soci,* l'uno di essi potrebbe opporre in compensazione all'attore, ciò che da costui avanza l'altro socio: conciossiacchè per la società dovendosi porre in comune i lucri e le perdite di ciascun socio, il socio che ha un credito da compensare, ha interesse che l'altro non paghi, altrimenti egli dovrebbe per la sua parte contribuire a siffatto pagamento (fr. 10, *Dig. de duobus reis,* XLV, 2). Il fideiussore sebbene sia correo di debito del debitore principale, potrebbe opporre in compensazione al creditore che lo escutesse non solo un debito proprio, ma ancora il credito che avesse contro l'attore il debitore principale (fr. 4 e 5, *Dig. de compensat.,* XVI, 2); il fideiussore può infatti valersi per regola delle eccezioni che spettano al debitore principale; e bene a ragione, perchè ciò che si ripete dal fideiussore si considera come ripetuto dal debitore principale, dovendo costui rimborsare il fideiussore di tutto quanto pagò per lui (*Instit.,* § 5, *de replicat.,* IV, 15). Sempre in conseguenza del principio che la compensazione non si opera per forza di legge, nè per la sola coesistenza di due obbligazioni contrarie, se di due creditori correali (Tizio e Sempronio) l'uno (p. e. Tizio) escute il debitore comune (Caio) il quale è poi alla sua volta creditore dell'altro (Sempronio) non potrà il debitore comune opporre in compensazione all'attore (Tizio) il credito che egli ha contro l'altro (Sempronio). E non lo potrà neppure se i due creditori correali fossero fra loro soci. La limitazione che pel caso della società fra i *correi debendi* o *promittendi,* pone il fr. 10, *Dig. de duob. reis,* poc'anzi citato, alla regola sulla compensazione di fronte alla correalità, tale limitazione non ricorre trattandosi di *correi credendi* o *stipulandi.* Invece quanto ad essi si applica il

principio stesso applicato nel *pactum de non petendo in rem*. Il qual patto concluso dal creditore comune con l'uno dei *rei promittendi* fra loro soci, può essere invocato dagli altri, ma il patto stesso concluso dall'uno dei *rei stipulandi*, fra loro soci non può essere mai opposto agli altri (fr. 27, *Dig. de pactis*, II, 14). Chi paga per errore quello che avrebbe potuto compensare, ha la *condictio indebiti* per ripetere il pagato (fr. 10, § 1, *Dig. h. t.*), ma se quel pagamento fu fatto trascurando avvertitamente di opporre la compensazione del proprio credito, è lecito richiedere separatamente il pagamento di questo, con l'azione inerente al medesimo (fr. 5, § 2, *Dig. de imp. in res dot. fact.*, XXV, 1; fr. 1, § 4, *Dig. de contr. tut. act.*, XXVII, 4); in una parola l'avere trascurato di opporre in compensazione un credito, non preclude la via ad esigerne il sodisfacimento. Se il giudice rigettasse la compensazione di un credito, non già perchè lo riconoscesse insussistente, ma perchè privo di qualcheduna delle condizioni necessarie a compensarlo, per esempio perchè illiquido, esso potrebbe essere poi fatto valere separatamente; ma se il giudice lo dichiarasse insussistente, questa cosa giudicata osterebbe a qualsiasi posteriore esperimento del credito medesimo (fr. 7, § 1, *Dig. h. t.*).

3° *Prescrizione.*[1]

§ 568. Il creditore, il quale non sperimenta le azioni, che gli competono per far valere i suoi diritti, dopo un certo tempo fissato dalla legge, non può esercitarle più in modo efficace, dappoichè ad esse possa il reo convenuto opporre la *prescrizione estintiva* delle azioni stesse. Di tal prescrizione fu altrove da noi data la nozione, ed accennata la istorica origine (vedi vol. 1, lib. 2, § 95, lett. *c*); quì aggiungeremo quali sono i requisiti della medesima.

§ 569. I requisiti della prescrizione estintiva delle azioni, sono quattro:

1° Che l'azione contro la quale si oppone la prescrizione sia nata (*cost.* 1, § 1, *Cod. de ann. except.*, VII, 40); ed invero la prescrizione di un'azione non può cominciare a decorrere, che dal momento in cui l'azione stessa ebbe vita.

[1] Sulla prescrizione estintiva delle azioni e dei diritti, vedi quanto abbiamo detto nella nota al § 90, Vol. I, lib. 2, a proposito della prescrizione in generale.

2° Che lo spazio di tempo, fissato dalla legge per l'esperimento dell'azione, sia trascorso. Questo tempo ordinariamente è di 30 o al più di 40 anni continui; per le azioni *pretorie* è di un *anno utile;* ma la prescrizione estintiva non è compiuta finchè l'ultimo giorno non è tutto trascorso: *nisi novissimus totus dies compleatur* (fr. 6, *Dig. de oblig. et act.,* XLIV, 7).

3° Che la prescrizione non sia stata interrotta (*cost.* 3, 4, 7 *pr.,* § 5, *Cod. de præscript.* 30 *ann.,* VII, 39, *cost.* 2, *Cod. de ann. except.,* VII, 40). Sarebbe interrotta, se la persona a cui favore essa decorreva, riconoscesse espressamente o tacitamente il diritto dell'altra parte (*cost.* 19, *Cod. de fide instrum.,* IV, 21, *cost.* 7, § 5, *cost.* 8, § 4, *Cod. de præscr.* 30 *vel* 40 *ann.,* VII, 39, *cost.* 5, *Cod. de duob. reis,* VIII, 40). Esempio di recognizione tacita sarebbe il pagamento delle usure di un debito fruttifero (*cost.* 8, § 4, *Cod. de præscript.* 30 *vel* 40 *ann.,* VII, 39). Interrompesi la prescrizione ancora, intentando l'azione, o facendo una protesta giudiciale in debita forma (*cost.* 3 e 7 *pr.,* § 5, *Cod. de præscr.* 30, VII, 39, *cost.* 1, § 1, *cost.* 2 e 3, *Cod. de ann. except.,* VII, 40). Se la prescrizione interrotta comincia a decorrere di nuovo, non si computa il tempo decorso avanti la sua interruzione (*cost.* 8, § 1, *Cod. de præscr.,* VII, 39).

§ 570. I pratici esigevano qual condizione della prescrizione estintiva delle azioni, la buona fede della persona che poi se ne vale; ma questa condizione, richiesta dal diritto Canonico (*cap.* 5 e 20, *Extra de præscrip.,* II, 26), non è richiesta dal diritto Romano. In diritto Romano la prescrizione estintiva è pena alla trascuranza dell'esercizio di un proprio diritto; non è dunque necessaria la buona fede in chi profitta della prescrizione (*cost.* 8, § 1, *Cod. de præscr.,* VII, 39).

§ 571. Comunemente si asserisce, che *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Questa massima vuole essere intesa con discrezione; non si deve già ritenere, che qualunque impossibilità di agire sia ostativa alla prescrizione, bensì soltanto una di quelle impossibilità dalla legge enumerate; e tali sono le seguenti:

1° Quella dei pupilli, sebbene abbiano tutore (*cost.* 3, 7 *pr.,* *Cod. de præscr.,* VII, 39).

2° Quella dei minori, durante la minorità (vedi Hamberger, § 112, n° 2, nota 2).

3° Quella della donna maritata, durante il matrimonio, per riguardo ai beni dotali (*cost.* 30, *Cod. de jure dot.,* V, 12).

4° Quella del figlio di famiglia, durante la patria potestà, per riguardo al peculio avventizio (*cost.* 1, § 2, *de ann. except.*, VII, 40).

5° Quella dei creditori di una eredità, durante il tempo legale necessario per la compilazione dell'inventario, e durante il termine accordato a deliberare (*cost.* 22, *Cod. de jure delib.,* VI, 30).

6° Quella dei creditori della persona, che ha ottenuto un respiro a pagare, durante il respiro medesimo (*cost.* 8 *in f., Cod. qui bonis eod.,* VII, 71). Cessata l'impossibilità di agire, la prescrizione sospesa riprende il suo corso, e si computa nella medesima, il tempo trascorso anteriormente a quella impossibilità.

§ 572. È grave questione fra gli interpreti del diritto Romano, se la prescrizione estingua soltanto l'azione, o eziandio il diritto: e quindi se questo possa almeno farsi valere in via di eccezione, ed essere opposto in compensazione. Vi sono diritti che tutti gli scrittori convengono essere assolutamente imprescrittibili; tali sono i diritti di *condizione civile* e di *famiglia;* la questione dunque verte soltanto sui diritti *patrimoniali.* Relativamente ai diritti *patrimoniali reali*, l'opinione prevalente è che essi pure sieno imprescrittibili, e che prescrivasi soltanto l'azione per farli valere. Premettiamo che bisogna distinguere bene *usucapione* da *prescrizione.* Mediante il possesso della cosa altrui protratto durante il tempo e con le condizioni fissate dalla legge, se ne acquista dal possessore il dominio: allora il dominio del già proprietario si estingue; ma in tal caso non è luogo a parlare di *prescrizione dell' azione* che serve a tutelare il dominio, giacchè è il dominio stesso del già proprietario che cessa per *usucapione.* Ma se un possessore di *cattiva fede* possiede una cosa altrui, sia pure per 30 anni, non ne acquista mai il dominio per *usucapione* (vedi sopra, vol. I, lib. 2, § 100): acquista soltanto un' *exceptio* o *prescriptio* che estingue la *rei vindicatio* del proprietario, il quale non perde realmente il dominio, bensì l'azione per farlo valere, ossia perde la *rei vindicatio.* Ciò resulta evidente dalla *cost.* 8, § 1, *Cod. de præscript.* 30 *vel* 40 *ann.,* VII, 39, nella quale Giustiniano stabilisce: 1° che il possessore di *cattiva fede*, abbia pure posseduto durante 30 anni, non ha alcuna azione, se

il già proprietario od un suo avente causa, *senza violenza* rientra nel possesso della cosa; il che dimostra che estinto non era il dominio di quel proprietario per la prescrizione trentennale del possessore di cattiva fede; 2° che se il possessore trentennale, di *cattiva fede* è spogliato da un terzo, il già proprietario dal momento di questa nuova lesione del diritto di proprietà può intentare contro questo terzo la *rei vindicatio;* altra riprova che la prescrizione trentennale se estinse la *rei vindicatio* del proprietario di fronte al possessore trentennale di cattiva fede, non estinse il dominio che tale proprietario può far valere intentando la *rei vindicatio* appena si verifica per opera di un terzo la nuova lesione del suo diritto di proprietà. Laonde concludiamo che quanto alle *actiones in rem,* tipo delle quali è la *rei vindicatio,* la prescrizione le estingue, ma rimane intatto il diritto che esse sono destinate a far valere. Relativamente ai diritti patrimoniali *emergenti da un rapporto obbligatorio,* ossia derivanti da obbligazioni, la questione è più dubbiosa. Noi per altro riteniamo che eziandio questi diritti sieno imprescrittibili, sebbene si prescrivano le azioni intese a farli valere; onde le obbligazioni da cui derivano se non valgono come *civili,* valgono almeno come *naturali.* In conferma di quest' opinione osserviamo col Savigny (*Sistema di diritto Romano,* vol. V, § 248 a 251, e *Trattato delle obbligazioni,* § 10, n° 10) che allorquando il Pretore introdusse la prescrizione per le azioni pretorie (vedi vol. I, lib. 2, § 95, lett. *c*) ordinando che dovessero venire intentate dentro l' anno utile, non volle nè potè dichiarare estinto il diritto che erano intese a far valere, quando fosse scorso l' anno senza che fossero state intentate. E che nelle Costituzioni imperiali posteriori, le quali estesero l' applicazione della prescrizione, non si alterarono gli effetti di questa istituzione d' origine pretoria. Aggiungasi che la *præscriptio* non è fondata sull'*jus gentium,* e che sono soltanto le eccezioni fondate sull'*jus gentium* che estinguono oltre che l' azione ancora il diritto: non lasciando così sussistere neppure la *naturalis obligatio.* A conforto della opinione che propugnamo si possono citare poi due importanti passi delle nostre Fonti (vedi *cost.* 2, *Cod. de luitione pignoris,* VIII, 31; *cost.* 7, § 1, *Cod. de præscript.* 30 *vel* 40 *ann.,* VII, 39). Ma oltrepasseremmo i limiti di un corso elementare se ci facessimo a svolgere gli argomenti logico-giuridici, ora accennati, ed a commentare le disposizioni testuali citate, non che a confu-

tare gli obietti che dagli oppositori si adducono. Onde rimanderemo i lettori desiderosi di questi maggiori svolgimenti della questione, alle due opere del Savigny poc'anzi citate.

4° *Restituzione in intiero.*[1]

§ 573. La restituzione in intiero, (*in integrum restitutio*) è: *il reintegramento di una persona, nella posizione giuridica, che*

[1] Il Codice nostro non ammette *restituzione in intiero*. e quando la ricorda, è per dichiararla non dovuta e non ammissibile (art. 1063.)

Nel caso che l'obbligazione sia infetta da *violenza, da errore*, e da *dolo*, accorda invece l'azione di *nullità*, e nel caso che sia *lesiva*, l'azione di *rescissione* (art. 1300 e 1308.)

Ai minori il Codice non dà *restitutio in integrum*, come non la dà *agli assenti*. (Vedi il titolo dell'assenza).

I minori invece della *restitutio in integrum*. hanno l'azione di *nullità*.

Gli atti fatti dal minore *non emancipato*, senza l'intervento del suo *legittimo rappresentante*, o dal minore *emancipato* senza la richiesta *assistenza del curatore*, oppure compiuti senza l'osservanza delle formalità speciali richieste da particolari disposizioni di legge, possono essere *annullati* con l'azione di *nullità* (art. 1303).

Vedemmo nel trattare della patria potestà, della tutela, e della cura dell'emancipato, a chi spetti, secondo i casi, esercitare quest'azione (art. 227, 322).

Gli atti compiuti nel modo voluto dalla legge nell'interesse di un minore hanno pel Codice nostro la stessa forza che avrebbero se fossero fatti da un maggiore di età pienamente capace (art. 1304).

Il minore non potrebbe impugnare la obbligazione contratta da *sè solo*:

a) quando egli avesse con raggiri e mezzi dolosi occultato la sua minore età, ma non lo pregiudicherebbe lo aver *dichiarato* di essere maggiore (art. 1305).

b) quando fosse provata la *in rem versio* a suo favore del pagamento fattogli (art. 1243, 1307).

L'azione *di rescissione* per causa di *lesione* non compete neanche ai minori, se non nei casi e sotto le condizioni specialmente determinati dalla legge. E quest'azione nei casi in cui è ammessa non produce effetto a danno dei terzi, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili, anteriormente alla trascrizione della dimanda di rescissione (art. 1308).

Le azioni di *nullità* e di *rescissione* possono competere oltre che ad un minore, eziandio ad un interdetto, ad un inabilitato, ad una donna maritata, ed anche ad un maggiore. Un maggiore potrà attaccare con l'azione di *nullità* i contratti viziati da dolo, errore, violenza (art. 1300).

L'interdetto, l'inabilitato, la donna maritata potranno attaccarli pure per uguali ragioni, comunque compiuti con l'intervento del respettivo tutore o curatore, o con l'autorizzazione maritale. Potranno pure dare di *nullità* a gli atti o contratti fatti senza l'intervento del loro legittimo rappresentante, o del curatore, o senza l'autorizzazione del marito; e parlando della personalità della donna, dell'inabilitato, e dell'interdetto vedemmo quali fra i loro atti sono annullabili per difetto di capacità a concluderli in costoro; e da chi soltanto possa sperimentarsi l'azione di nullità (art. 137, 335, 341).

Per causa *di lesione* tanto i maggiori, quanto le donne maritate, gli inabilitati, e gli interdetti potranno attaccare con l'*azione di rescissione* i contratti che ne sieno infetti, sebbene compiuti dall'interdetto, dall'inabilitato, dalla donna con l'intervento del legittimo rappresentante, col consenso del curatore, con l'autorizzazione del marito (argom. art. 1304).

Le azioni di nullità e di rescissione durano per 5 anni, in tutti i casi nei quali non sieno state ristrette a minor tempo da una legge particola-

aveva prima di un atto, di cui ha da lagnarsi come contrario alla equità (Paolo, I, 7; fr. 1, § 27, *Dig. de quæst.*, XLVIII, 18; fr. 27, *Dig. de pœnis*, XLVIII, 19). Lo straordinario rigore del diritto civile diede origine alle restituzioni in intiero; infatti il Pretore le accordava in quei casi nei quali sembravagli, che la lettera della legge riuscisse ingiusta nella sua applicazione, casi nei quali riconosceva, che le eccezioni o le azioni pretorie sarebbero riuscite insufficienti al bisogno. Concedere *la restitutio in integrum*, fu un potere inerente all'*imperium*, potere di cui per conseguenza gli *judices* non godevano, e che non spettava neppure ai magistrati municipali, ma che, mutato l'antico ordine dei giudizi, fu attribuito ai giudici ordinari (*Cod. ubi et apud quem cognit. int. rest. agitanda sit*, II, 47; fr. 26, § 1, *Dig. ad municip.*, L, 1). Condizioni per ottenere la restituzione in intiero, sono le seguenti:

re. Questo tempo non comincia a decorrere, nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti; riguardo agli atti degli interdetti, e degli inabilitati, dal giorno in cui è tolta l'interdizione, e l'inabilitazione; riguardo alle donne maritate, dallo scioglimento del matrimonio; riguardo agli atti dei minori (l'abbiamo detto) dal giorno della loro maggiorità (art. 1300).

Le azioni di nullità e di rescissione si trasmettono agli eredi; ma essi non possono esercitarle, se non entro quel tempo che rimaneva ai loro autori, salve però le disposizioni relative all'interruzione o sospensione del corso delle prescrizioni (art. 1301).

L'eccezione di nullità o di rescissione può essere opposta da chi è convenuto per la esecuzione del contratto, in tutti i casi nei quali avrebbe potuto agire egli stesso per nullità o rescissione. E questa eccezione *non si prescrive*, mentre si prescrive l'azione in 5 anni (art. 1302).

Nessuno può pretendere di essere rimborsato di ciò che pagò ad un interdetto, ad un inabilitato o ad una maritata in forza di una obbligazione che rimanga annullata, ove non provi che quanto fu pagato fu rivolto a vantaggio dei medesimi, ossia se non provi la *in rem versio* (art. 1243 e 1307). Lo stesso abbiamo veduto riguardo al minore.

L'atto di conferma o ratifica di un'obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità, non è valido se non contiene la sostanza della stessa obbligazione, il motivo che la rende viziosa, e la dichiarazione che si intende di correggere il vizio su cui tale azione è fondata. In mancanza di atto di conferma o ratifica, basta che l'obbligazione venga in tutto o nella maggior parte *eseguita volontariamente*, da chi *conosce il vizio*, *dopo il tempo* in cui l'obbligazione stessa poteva essere validamente confermata o ratificata.

La conferma, ratifica, o esecuzione *volontaria* secondo le forme e nei tempi determinati dalla legge, produce la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto, salvi però i diritti dei terzi (art. 1309).

Queste disposizioni (dell'art. 1309) non si applicano alla rescissione per causa di lesione (art. 1309, capoverso ult.).

Non si possono sanare con verun atto confermativo i vizi di un atto nullo in *modo assoluto*, per difetto di formalità (art. 1310).

La conferma, la ratifica o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria, per parte degli eredi o aventi causa del donante, o testatore, dopo la morte di lui, include la loro rinunzia ad opporre i vizi delle forme, e qualunque altra eccezione (art. 1311). Relativamente alla rescissione della vendita per causa di lesione, vedi la nota a, b, § 343.

1° Una lesione di qualche importanza, risentita senza colpa della persona, che se ne lagna (fr. 7 *pr.*, *Dig. de in integr. rest.*, IV, 1; fr. 26, 27, *Dig. ex quib. caus. maj. restit.*, IV, 6; fr, 11, § 4, 5; fr. 7, § 8, *Dig. de minor.*, IV, 4; fr. 21, § 6, *Dig. quod metus causa*, IV, 2). Tuttavolta l'impubere può ottenere la *in integrum restitutio*, sebbene abbia risentito pregiudizio per imprudenza propria (fr. 44, *Dig. de min.*, IV, 4; Gajo, III, 16, 3, IV, 57).

2° Un motivo di restituzione preveduto dal diritto pretorio (fr. 1, 3, *Dig. de in int. rest.*, IV, 1).

3° Impossibilità di valersi di un altro mezzo giuridico, per ottenere l'intento stesso, ammenochè non si tratti di un minore di 25 anni. In conseguenza non si fa luogo alla restituzione in intiero, contro un atto nullo, eziandio per diritto civile (fr. 16 *pr.*, § 1, 3, *Dig. de min.*, IV, 4).

§ 574. Allorquando queste condizioni concorrono, la *restitutio* può essere chiesta dalla persona lesa, e dai suoi eredi (fr. 1, 2, 6, *Dig. de in int. rest.*, IV, 1; fr. 18, § 5, *Dig. de min.*, IV, 4). Può chiederla ancora il fideiussore, quando non apparisca evidente che la sua fideiussione fu richiesta appunto per garantirsi contro il pericolo della *restitutio* (fr. 7, § 1, *Dig. de except.*, LXIV, 1; fr. 51 *pr.*, *Dig. de procurat.*, III, 3; fr. 3, § 4; fr. 13 *pr. Dig. de minor.*, IV, 4, *cost.* 1 e 2, *Cod. de fidejus. min.*, II, 24.), La *restitutio* si chiede contro la persona, che è causa della lesione, o contro gli eredi di lei (fr. 9, *pr.* fr. 14, *Dig. de min.*, IV, 4, *cost.* 10, *Cod. de rescind. vend.*, IV, 34). Per eccezione è accordata qualche volta contro i terzi nel caso, che essi sieno attuali possessori della cosa in conseguenza dell'atto, contro il quale chiede la *restitutio* chi la perdè (Paolo, I, 7, 4; fr. 13, § 1, *Dig. de minor.*, IV, 4). Questo si verifica, quando manca qualunque altro mezzo per ottenere la restituzione di un diritto patrimoniale reale, ed allora la *restitutio* si dice *in rem scripta*, *o in rem.* In qualche caso la *restitutio* è chiesta al magistrato, senza che la domanda sia diretta contro una persona determinata; a mo' di esempio quando il minore la chiede contro la repudia fatta da lui ad una eredità tuttora giacente. Non è lecito ai figli, nè ai liberti chiedere la *restitutio* contro i respettivi loro genitori, e patroni (*cost.* 2, *Cod. qui et adv. quos in int. rest.*, II, 42), divieto fondato sulla riverenza, che quelli debbono a questi.

§ 575. La *restitutio* può conseguirsi, o per mezzo di una azione pretoria intentata per ottenere la liberazione, o mediante un'eccezione (fr. 9, § 3, *Dig. quod metus causa,* IV, 2; fr. 9, § 4, *Dig. de jurejurando,* XII, 2). Se è chiesta mediante *azione,* non può di regola essere ottenuta, che nello spazio di 4 anni (*cost.* 7 *pr., Cod. de temp. in int. rest.,* II, 53), che decorrono per i minori, dal dì che raggiungono la maggiorità, e pei maggiori dal momento che hanno la possibilità di promuovere l'azione. Ma la restituzione a cagione di *dolo,* deve essere chiesta dentro il tempo continuo di 2 anni (*cost.* 8, *Cod. de dolo malo,* II, 21). Non vi ha limite di tempo per ottenere la *restitutio,* in linea di eccezione (fr. 5, § 6, *Dig. de doli mali et met. except.,* XLIV, 4, *cost.* 5, *Cod. de except. s. præscr.,* VIII, 36).

§ 576. La restituzione si fonda, o sopra una delle cause determinate dall'Editto che sono, *vis ac metus, dolus, minor ætas, absentia, error, capitis diminutio, alienatio judicii mutandi causa facta* (fr. 1, 2, *Dig. de in int. rest.,* IV, 1), o sulla clausula generale aggiunta all'Editto, relativamente alla restituzione per causa di assenza: *item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam* (fr. 1, § 1 *in f., Dig. ex quib. causa, major,* IV, 6; fr. 26, § 9, *Dig. eod.*). Le Costituzioni imperiali introdussero altri due casi di restituzione:

a) Contro una sentenza definitiva, fondata sopra false testimonianze (fr. 33, *Dig. de re jud.,* XLII).

b) Contro una sentenza favorevole al reo convenuto, ma proferita in seguito del giuramento deferitogli dal giudice, quando l'attore possa produrre titoli nuovi, scoperti dopo il giudizio (fr. 31, *Dig. de jurejurando,* XII, 2; fr. 35, *Dig. de re jud.,* XLII; *cost.* 4, *Cod eod.,* VII, 52).

a) *Vis ac metus.*

Chi aveva contratto un' obbligazione, coartato dalla violenza o dal timore, finchè non l'aveva eseguita, poteva ricusarsi ad eseguirla con l' *exceptio quod metus causa gestum esset;* eseguitala, poteva ripetere ciò che aveva dato con l'*actio quod metus causa* (fr. 9, § 3, *Dig. quod metus causa,* IV, 2). Inoltre fondandosi sull'Editto poteva richiedere la *in integrum restitutio* (vedi sopra, § 267). È facile intendere, che raramente si doveva far sentire

il bisogno di questa *restitutio*, vista la facoltà di intentare l'*actio metus causa*, o di opporre l'*exceptio quod metus causa*. Tuttavolta in qualche emergenza poteva giovare. Giovato avrebbe, esempigrazia, se il debitore fosse caduto in stato di decozione: allora con la *in integrum restitutio*, lungi dal venire nel concorso dei suoi creditori, si otteneva in intiero la somma pagatagli.

b) *Dolus*.

Contro un' obbligazione estorta con frode o con inganno, potevasi opporre l'*exceptio doli*, e in caso di bisogno potevasi intentare ancora l'*actio doli* (vedi sopra, § 266, lett. *a*), ma questa faceva incorrere nell'infamia il reo convenuto che fosse condannato. Volendo evitare tal conseguenza, e d'altronde raggiungere l'intento, era opportuno allora valersi della *restitutio in integrum* (fr. 7, § 1, *Dig. de in integrum rest.*, IV, 1).

c) *Minor ætas*.

La protezione accordata dalla *lex Plætoria* ai minori di 25 anni, riuscendo insufficente a salvarli dai pericoli, cui li esponeva la inesperienza loro, l'Editto del Pretore, negli ultimi tempi della repubblica, accordò ad essi ancora la *in integrum restitutio* (vedi vol. I, lib. I, § 18): contro quelli atti, che dall'insieme delle circostanze resultavano loro pregiudicevoli (fr. 1, § 1, *Dig. de min. 25 ann.*, IV, 4). Abbenchè in origine dipendesse dal prudente arbitrio del Pretore l'accordare o negare la *restitutio*, nei casi in cui era chiesta dal minore, a poco a poco vennero a stabilirsi alcune regole in proposito, che è prezzo dell'opera indicare sebbene brevemente.

a) I minori possono ottenere la *restitutio*, nonostante che abbiano altri mezzi giuridici per evitare il pregiudizio, al quale con la medesima vogliono sottrarsi (fr. 16, § 2, *Dig. de min.*, IV, 4, *cost.* 3, *Cod. si tut. vel curat.*, II, 25).

b) I maggiori possono chiedere la *restitutio*, nei quattro anni successivi al giorno in cui uscirono dalla minorità (*cost.* 5, § 1, *Cod de in int. rest. min.*, II, 22, *cost.* 7, *Cod de temp. in int. rest.*, II, 53); in un solo caso dopo 7 anni (*cost. ult.*, *Cod. de repud. vel abstin. hered.*, VI, 31).

c) I minori, cui fu accordata la *restitutio*, debbono rendere soltanto quello di cui si trovano locupletati nel momento della domanda (fr. 7, § 5: fr. 27, § 1, *Dig. de min.*, IV, 4).

d) Il minore, che consegue la *restitutio* contro un altro minore, la consegue solamente per quello di cui quest' ultimo si trova locupletato al momento della domanda (fr. 11, § 6; fr. 34, *Dig. de min.*, IV, 4).

e) I minori ottengono la *restitutio* unicamente quando sia evidente il danno che risentirono, ed eccessiva la loro imprudenza (fr. 7, § 8; fr. 11, § 3; fr. 24, § 1, *Dig. de min.*, IV, 4; fr. 9, § 4, *Dig. de jurejur.*, XII, 2).

f) I minori possono ottenere la *restitutio*, contro qualunque contratto loro pregiudicevole, concluso durante la minorità, ancorchè concluso col consenso del curatore, o con l'*auctoritas* del tutore, e con l'approvazione del magistrato (*cost.* 2, 3, *Cod. si tut. interv.*, II, 25, *cost.* 4, *Cod. si adv. rem. jud.*, II, 27, *cost.* 11, *Cod. de præd. et aliis reb. min.*, V, 71). La *restitutio* in generale, è accordata al minore, contro qualunque maniera di obbligazione: ma non gli viene accordata:

1° quando si è obbligato, facendosi dolosamente credere maggiore nel momento che contrattò (*cost.* 2, 3, *Cod. si minor maj. se dix.*, II, 43).

2° quando, essendo pubere, si è obbligato per giuramento (*cost.* 1, *Cod. si adv. vend.*, II, 28).

3° quando divenuto maggiore, ha approvato o ratificato l'atto, contro il quale poi vorrebbe essere restituito (Paolo, I, 9, 3; fr. 3, § 1, *Dig. de min.*, IV, 4, *Cod. tit. si major factus ratum habuerit*, II, 46).

4° Quando sebbene minore di 25 anni, avesse ottenuto la *venia ætatis* (*cost.* 1, *Cod. de his qui ven. æt.*, II, 45). Il diritto di chiedere la *restitutio in integrum* passa negli eredi del minore (fr. 18, § 5, *Dig. h. t.*, IV, 4): in generale spetta ai suoi mallevadori (fr. 13, *pr. Dig. eod.*, fr. 7, § 1, *Dig. de except præscr.*, XLIV, 1), ed a coloro che hanno interessi indivisibili da quelli del minore (*arg.* fr. 10, *pr. Dig. quemad. servit. amitt.*, VIII, 6; fr. 72 *pr.*, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 23 e 24, *Dig. de minor.*, IV, 4). Il beneficio della *restitutio*, che l'Editto accorda ai minori di 25 anni, fu esteso dagli imperatori alle città ed ai Comuni (*cost.* 3, *Cod. de jure reipub.*, XI, 29, *cost.* 1, *Cod. de off. ei qui vicem alic. iud.*

vel præsid. obt., I, 50, *cost.* 4, *Cod. quib. ex caus. maj.*, II, 54), che possono profittarne durante il quadriennio successivo al dì del risentito pregiudizio.

4° *Absentia.*

L'assenza è la causa più estesa di *restitutio*; e per assenza la giurisprudenza intese: qualunque condizione in cui non fosse possibile, per una causa indipendente dalla propria volontà, esercitare un diritto (fr. 26 in fine, *Dig. ex quib. caus. maj.*, IV, 6). Il significato della voce *assenza*, in questa guisa già abbastanza esteso dalla giurisprudenza, ebbe un'ampliazione anche maggiore dalle parole del Pretore: *et si qua alia mihi justa causa esse videbitur* (fr. 1, § 1, *Dig. eod.*). L'assenza autorizza ad ottenere la *restitutio* colui, che non potè esercitare il proprio diritto, perchè assente: ed autorizza ad ottenerla contro colui che non potè essere convenuto in giudizio, perchè assente (fr. 17, § 1; fr. 21, 23, 27, 41, 43, *Dig. eod.*). Lice chiedere la *restitutio* per assenza non soltanto quando a cagione dell'assenza medesima fu risentito un pregiudizio, ma eziandio quando per quella non fu fatto dall'assente un lucro, che avrebbe fatto se presente (fr. 17, § 1; fr. 27, 41, 43, *Dig. eod.*).

5° *Error.*

L'errore scusabile (*justus error*) secondo il giureconsulto Paolo, dà diritto ad ottenere la *in integrum restitutio*, in mancanza di altro mezzo giuridico per evitare il pregiudizio, che ne derivò fr. 2, *Dig. de in int. restit.*, IV, 1). Non occorrono nelle nostre Fonti indicazioni precise sull'estensione di questa causa di *restitutio*; ordinariamente sembra che fossero gli errori nella procedura quelli dai quali potevasi venir restituiti. (*Instit.*, § 33, *de act.*, IV, 6; fr. 11, § 10, *Dig. de inter. in jure*, XI, 1; fr. 15, § 5, *Dig. quod vi aut clam.*, XLIII, 24, *etc.*), nonostante troviamo qualche esempio di restituzione, ottenuta per errore indipendente dalla procedura (fr. 1, § 1, 6, *Dig. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, XXVII, 6; fr. 1, § 17, *Dig. de separationibus*, XLII, 6).

6° *Capitis diminutio.*

Effetto della *capitis diminutio minima* era l'annullamento *civile* di tutte le relazioni giuridiche, già contratte in precedenza dalla persona, che la subiva; laonde l'arrogato, l'adottato, il legittimato, l'emancipato, che fosse stato debitore, cessava di esserlo *civilmente:* l'obbligazione *naturale* per altro rimaneva (fr. 2, § 2, *Dig. de cap. min.*, IV, 5). Ad evitare questo danno i creditori ottenevano dal Pretore la *restitutio* contro le conseguenze della *capitis diminutio minima,* cioè ottenevano la restituzione delle azioni che avevano antecedentemente, come se la *capitis diminutio* non fosse avvenuta. (Gajo, IV, 38; fr. 2, § 1; fr. 7, 9, *Dig. de capite minutis,* IV, 5). In gius Nuovo la *minima capitis diminutio* non producendo più quell'effetto, non è più luogo a chiedere una *restitutio,* fondandosi sulla *capitis diminutio minima.* La *capitis diminutio media* e la *maxima* non porgevano, neppure in antico, occasione a chiedere la *restitutio,* essendochè il Pretore dava un'azione contro le persone, che erano succedute nei beni di coloro, i quali avevano perduto la cittadinanza o la libertà (fr. 2 *pr.;* fr. 7, § 2 e 3, *Dig. de cap. min.*, IV, 5).

7° *Alienatio judicii mutandi causa facta.*

Così si appella ogni alienazione per atti *inter vivos,* di una cosa intorno alla quale si teme una qualche questione, o la cessione di un'*azione in rem,* con l'intendimento di nuocere ad un'altra persona, per darle cioè un altro avversario, e così per renderle più difficile o impossibile l'esperimento dei suoi diritti (fr. 4, § 1, 2, 3; fr. 8, § 1, 2, 3, *Dig. de alien. jud. mut. causa facta,* IV, 7). Chi risentì danno dall'alienazione di quella cosa, può esigerne il risarcimento dall'alienante con un'*actio in factum,* (fr. 1, 2, 3, 4, 5, *Dig. eod.*), e chi risentì danno dalla cessione di quell'azione, oppone al cessionario che la esercita l'*exceptio,* che l'alienazione fu operata *judicii mutandi causa* (fr. 12, *Dig. eod.*). Ma può trovare più utile di chiedere la *in integrum restitutio,* come mezzo di un'applicazione più generale, ed il quale non richiede altra prova, se non quella che l'alienazione fu fatta con dolo.

§ 577. Chi vuol giovarsi del benefizio della *restitutio in in-*

tegrum, deve impetrarlo dal magistrato, che lo concede dopo esame delle circostanze del caso, *causa cognita* (fr. 3, *Dig. de in int. rest.,* IV, 1, PAOLO, I, 7, 3). Conceduto che sia, le cose sono restituite nello stato in cui erano prima dell'atto, pel quale provenne il pregiudizio (fr. 9, § 2, 4, 7; fr. 21, § 5, 6, *Dig. quod metus causa,* (fr. 7, § 10, 11, 12; fr. 8, *Dig. de min.,* IV, 4; fr. 23, § 2, *Dig. ex quib. caus. maj.,* IV, 6). Chi ottenne la restituzione, consegue tutto quanto perdè in conseguenza dell'atto a lui pregiudicevole, e contro il quale fu restituito; e se ottenne che gli fosse resa una cosa, può pretenderne i frutti e le accessioni (fr. 28, § 6, *Dig. ex quib. caus. maj.,* IV, 6). Ma per altra parte deve rendere tutto quello che può aver guadagnato, per l'atto medesimo (fr. 24, § 4; fr. 27, § 1; fr. 39, § 1; fr. 40; fr. 50, *Dig. de min.,* IV, 4, *cost. un., Cod. de reput.,* 2, 48).

§ 578. Ancora altri modi di estinzione delle obbligazioni potremmo citare, come la transazione, la ragione illecitamente fattasi (*vindicta privata*), la verificazione di una condizione, il giungere di un termine apposto alla estinzione di un'obbligazione, e l'estinzione dell'obbligazione principale. Noi omettiamo di trattarne quì, perchè altrove l'abbiamo già fatto.

TITOLO III.

DEI DIRITTI DI SUCCESSIONE EREDITARIA.

§ 579. A compiere il trattato dei *diritti patrimoniali*, dopo avere esposto i *diritti patrimoniali reali*, ed i *diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio*, rimane a dire dei *diritti di successione ereditaria* (vedi vol. I, introduzione, § 225; lib. II, § 21 *pr.*)[1]

§ 580. La voce *successione*, nel suo più generale significato, esprime il subingredere, od il subentrare di una persona nei diritti tutti, od in un diritto di un' altra. La successione, lo avvertimmo reiteratamente (vedi vol. I, intr., § 227; lib. II, § 82, lett. *c.*), può essere successione *inter vivos* e successione *mortis causa*, secondo che si succede nei diritti di una persona viva, o di una persona defunta. Allorquando un uomo, dotato di capacità giuridica viene a morire, tutti i suoi diritti *cessano per lui*, essendo fisicamente impossibile, che seguitino nella sua persona; ma non cessano tutti *con lui*, conciossiachè altre persone sieno chiamate a succedere nel suo patrimonio, nei suoi beni. Siffatta successione *mortis causa* occorre sotto duplice aspetto, cioè a titolo *universale*, ed a titolo *singolare*; in altri termini: vi ha chi succede in tutti i beni del defunto, considerati come un' università, in tutti i suoi diritti ed obblighi, nel suo universo gius (*in universum jus*); e vi ha chi succede in qualche diritto singolare del defunto. La successione *mortis causa a titolo universale*, chiamasi *successione ereditaria*, (la quale in gius Nuovo può essere *diretta* e *fedecommissaria*); La successione *mortis causa a titolo singolare*, si verifica nei legati, nei fedecommessi particolari, nelle donazioni e capioni *mortis causa*.

[1] Nelle Istituzioni imperiali la successione ereditaria è considerata come un modo di acquistare il dominio a titolo universale *mortis causa*, e trattata dopo i modi di acquistarlo a titolo singolare *inter vivos*. Noi ne trattiamo invecein questo luogo, perchè è un diritto patrimoniale, e per chè solo dopo avere esposto gli altri diritti che compongono il patrimonio si può intendere la successione nell' universo gius di un defunto.

CAPITOLO I.

NOZIONE GENERALE DELLA SUCCESSIONE EREDITARIA.

§ 581. Il patrimonio di un defunto, considerato nel suo complesso, si chiama *eredità, hereditas, patrimonium defuncti, universum jus defuncti;* dicesi ancora *familia,* ma questo è nome antiquato (vedi vol. I, lib. I, § 44). L'eredità di un defunto si compone non soltanto dei suoi diritti patrimoniali reali e dei suoi diritti emergenti da un rapporto obbligatorio, ma eziandio dei suoi debiti (fr. 3 *pr.,* § 1, *Dig. de bonorum possessionibus,* XXXVII, 1; fr. 119, 208, *Dig. de verb. signif.,* L, 16; fr. 50 *pr., Dig. de heredit. petit.,* V, 3). Se non che non fanno parte del patrimonio, e per conseguenza neppure dell'eredità del defunto, i *diritti personali,* sieno essi di *condizione* civile o *di famiglia:* cessano con lui i diritti la cui durata fu espressamente limitata alla sua vita, come le servitù personali; e si estinguono con la vita del delinquente alcune obbligazioni nascenti dal suo delitto. L'eredità si intende esistere in diritto, ancorchè non contenga verun corpo: *hereditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet* (fr. 50, *Dig. de pet. hered.,* V, 3), e tanto può essere attiva, e perciò lucrosa, quanto passiva, e per conseguenza, dannosa (fr. 119, *Dig. de verb. signif.,* L, 16). Come un complesso avente unità ideale, viene collocata fra le cose incorporali (*Instit.,* § *un., de reb. incorp.,* II, 2; fr. 1, § 1 *de rer. divis.,* I, 8).

§ 582. Il diritto, che la legge riconosce in un superstite, di succedere nel patrimonio di un defunto, nella sua eredità, si chiama diritto di *successione ereditaria,* ed ancora *diritto di eredità,* tecnicamente *hereditas.* La voce *hereditas* è adoperata dunque, in doppio significato, vale a dire, sta a indicare, ora l'obietto del diritto, il patrimonio cioè del defunto (fr. 3, *pr., Dig. de bon. poss.,* XXXVII, 1; fr. 119; fr. 208, *Dig. de verb. signif.,* L, 16), ed ora il diritto di un superstite a succedere nel patrimonio di un defunto (fr. 24, *Dig. de verb. signif.,* L. 16; fr. 62, *Dig. de reg. juris,* L, 17); quel primo è il significato *obiettivo* di quella voce, questo secondo il *subiettivo.*

§ 583. La persona, cui appartiene il diritto di successione ereditaria, dicesi *erede, heres,* corruzione dell'altra voce *herus,*

padrone, signore;[1] e siccome l'erede succede nel patrimonio del defunto, occupando la sua posizione giuridica, si dice anche *successore*, perocchè *successione* (*successio*) per antonomasia esprima la successione ereditaria (fr. 62, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 24, *Dig. de verb. signif.*, L. 16).

§ 584. La successione ereditaria in generale, presuppone due cose:

a) La morte di una persona.

b) Un patrimonio lasciato dalla persona defunta. Quindi l'assioma: *viventis hereditas non datur* (fr. 1, *Dig. de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4; fr. 19, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2), e quindi ancora il principio: che i servi, e nei primi tempi i figli di famiglia, non lasciavano eredità, perchè mancanti di patrimonio proprio.

§ 585. L'erede (*heres*) o successore a titolo universale, è quegli che succede *in universum jus, quod defunctus habuit*, cioè tanto nei diritti e negli utili, quanto negli oneri e negli obblighi (fr. 37, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2). L'erede, ed il suo autore, cioè la persona cui egli succede, si considerano come una sola persona, essendochè l'erede (per adoperare le immagini dei giureconsulti romani) subentra nella posizione giuridica del suo autore, ne sostiene la personalità (*personam ejus sustinet*), la seguita. Può esistere un solo erede, ed allora dicesi *heres solus, heres pro asse*, ma possono contemporaneamente esistere più eredi, chiamati tutti alla medesima eredità, che debbono allora dividersi per parti (*partes quotæ*); ed ognuno dei quali per rispetto all' eredità dicesi *heres ex parte*, e rispetto agli altri *coheres* (fr, 10, § 1, *Dig. de hered. petit.*, V, 3; fr. 13, § 5, 6, *de hered. instit.*, XXVIII, 5; fr. 10, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2; fr. 19, *Dig. de lib. et posth.*, XXVIII, 2; fr. 11, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1). L'erede è *diretto* (*directus*) se succede immediatamente al defunto, senza che altra persona gli restituisca la eredità; è invece fedecommissario (*fideicommissarius*), quando la successione, in tutto od in parte, gli viene restituita dall'erede diretto: interposta persona, che sotto questo aspetto viene chiamata *erede fiduciario* (*Instit.*, § 2 e 3, *de fidecom. hered.*, II, 23; fr. 17, § 1, *Dig. ad SC. Trebell.*, XXXVI, 1; fr. 46, *Dig. eod.*).[2]

[1] Per conseguenza *hereditas* significa il dominio, che si trasmette dal defunto in un superstite.

[2] Il nostro Codice Civile non ammette sostituzioni fedecommissarie (art. 889, 890).

§ 586. Dall'*erede* bisogna distinguere il *successore a titolo singolare,* vale a dire la persona chiamata a raccogliere alcuni beni del defunto, alcuni diritti, ma senza rappresentarlo giuridicamente, senza continuare o sostenere la sua personalità giuridica. Mentre l'erede ed il defunto, quanto ai beni, si considerano come una persona sola: unità di persona non esiste fra il successore a titolo singolare, ed il defunto. [1] Laonde i debiti del defunto non fanno carico al successore a titolo singolare, e neppure gli fa carico il debito, a garanzia del quale fu ipotecata la cosa lasciatagli in legato. Cotal legatario dovrebbe tollerare l'esercizio del diritto patrimoniale reale di ipoteca, imposto sulla cosa legatagli; lo tollererebbe come un *onus rei*, ma non per questo diverrebbe personalmente obbligato a pagare il debito, che la ipoteca stesse a garantire. [2]

§ 587. Tanto l'erede, quanto il successore a titolo singolare, debbono essere capaci di succedere. Diremo in progresso, quali persone manchino di questa capacità.

CAPITOLO II.

Della delazione e dell'acquisto dell'eredità.

§ 588. Nella successione ereditaria voglionsi distinguere due momenti essenziali:

a) La delazione dell'eredità,

b) L'acquisto.

a) Havvi *delazione* dell'eredità, ossia l'eredità è deferita, *delata,* quando per una ragione legittima, remosso qualunque impedimento, è aperto l'adito ad acquistarla. *Delata hereditas dicitur, quam quis, remoto quolibet impedimento, potest adire vel agnoscere* (Baldo, *In leg. potuit., Cod. de jur. delib.*); oppure, per servirci delle espressioni del frammento 151, *Dig. de verb. signif.,* (L, 16): *Delata hereditas dicitur, quam quis possit adeundo consequi.*

b) Havvi *acquisto* dell'eredità, cioè l'eredità è *acquistata,* quando la persona cui è legittimamente deferita, la fa sua (fr. 54,

[1] Concorda il Codice Civile Italiano (art. 1027 e seg.)
[2] Concordano l'art. 878 capoverso, e l'art. 1033.

Dig. de acq. hered., XXIX, 2; fr. 138 *pr.*, *Dig. de reg. jur.*, L, 17; *cost.* 7, *Cod de iure delib.*, VI, 30). L'acquisto presuppone la delazione, e la delazione presuppone la sopravvivenza di una persona all'altra (fr. 19, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2).

§ 589. La delazione dell'eredità si fonda:

1° su di un *testamento*, e in difetto di questo

2° sul *disposto della legge*; onde due ordini di successione:

a) l'ordine *testamentario* (*successio testamentaria*), [1]

b) l'ordine *legittimo* (*successio legitima* o *ab intestato*) (*Instit.*, § 6, *per quas pers. cuiq. acq.*, II, 9; fr. 3, § 2, *Dig. pro socio*, XVII, 2; fr. 13 *pr.*, *Dig. de acq. vel amitt. hered.*, XXIX, 2; fr. 130, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). L'ordine *testamentario*, pel quale la eredità è deferita alla persona che il defunto scelse da sè a proprio successore; e l'ordine *legittimo*, pel quale, nel caso in cui il defunto non abbia fatto testamento alcuno, o almeno non un testamento valido, la successione è deferita a certe persone, che la legge presume sarebbero state istituite eredi, se il defunto avesse testato. Dunque prima l'ordine *testamentario*, poi *in difetto* di questo il *legittimo* (*Instit. pr.*, *de hered, quæ ab intest. def.*, III, 1; fr. 39, *Dig. de acq. vel amit. hered.*, XXIX, 2). Il diritto Romano non ammette altri fondamenti di delazione dell'eredità, oltre questi due, il testamento e la legge: esclude che possa esserlo la *convenzione*, perocchè consideri i *patti di futura successione* come odiosi, contrari ai buoni costumi, e sorgente di pessime conseguenze (fr. 61, *Dig. de verb. oblig*,, XLV, 1; fr. 29, § 2, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5; *cost.* 4, *Cod. de inut. stip.*, VIII, 39; *cost.* 30, *cod. de pactis*, II, 3), specialmente pel pericolo, che alla vita della persona, la quale contrattò sulla propria successione, attenti chi per contratto si fosse assicurato il diritto di succederle. Aggiungasi il riflesso, che permettendo tali patti, largo sarebbe aperto un adito ad eludere le meglio provvide disposizioni legislative, le quali per ragioni di ordine pubblico, dalla successione escludono alcune persone, ed altre chiamano alla medesima; e altresì verrebbe opposto un invincibile ostacolo alla revocabilità delle disposizioni di ultima volontà, revocabilità che la legge sapientemente vuole conservata fino alla morte (*cost.* 15, *Cod. de pactis*, II, 3). Nè è questa una limitazione soverchia della volontà umana,

[1] Concorda il Codice Civile (art. 720).

perocchè per mezzo del testamento, e senza far ricorso alla convenzione, possa il cittadino disporre dei suoi averi per dopo la propria morte. Ciò nonostante la convenzione relativa all' eredità di una persona terza, diversa dai *contraenti*, per Diritto Romano, è valida, se questa vi *prestò il proprio consenso, e morì senza revocarlo*, o *espressamente*, o *tacitamente* (*cost.* 15 e 30, *Cod. de pactis*, II, 3).[1] Non è neppure impedito di fare una convenzione intorno all'eredità di una terza persona vivente, ma *indeterminata ed incerta*, come fanno i soci, che nel contrarre una società universale si obbligano a conferire eziandio la eredità che potranno in progresso acquistare (fr. 3, § 1; fr. 73, *Dig. pro socio*, XVII, 2). In tali convenzioni è evidente, che i pericoli ed i danni derivanti dai patti sulla eredità di una persona viva, non sono escogitabili, e perciò la legge non osta alla validità delle medesime.[2]

§ 590. La legislazione Romana dichiara incompatibili quanto alla stessa eredità, la successione testamentaria e la successione legittima, ossia dichiara; che non possono coesistere; *jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est.* (fr. 7, *Dig. de reg. juris*, L, 17). Dichiara altresì, che quegli il quale una volta rivestì il carattere di erede, non possa mai perderlo: *semel heres, semper heres* (fr. 88, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5; fr. 43, § 3, *Dig. de vulg. substit.*, XXVIII, 6; fr. 7, § 10, *Dig. de min.*, IV, 4). È lecito nominare un futuro proprietario al patrimonio nostro, per dopo la nostra morte, ma non è lecito limitare la proprietà di costui per riguardo al *tempo* ed all'*estensione*, in guisa cioè che taluno nominato erede per testamento, cominci ad esserlo da un certo tempo (*ex die*), lo sia fino ad un certo tempo (*ad diem*): od in guisa che l'erede nominato per testamento, lo sia per *una parte* soltanto dell'eredità, il rimanente della quale sia acquistato dagli eredi legittimi (*Instit.*, § 9, *de hered. instit.*, II, 14; fr. 1, § 4; fr. 9, § 13; fr. 10; fr. 19; fr. 34; fr. 88, *Dig. eod.* XXVIII, 5). Queste regole si compendiano nel celebre assioma:

[1] Il Codice nostro non fa neppure questa eccezione alla regola generale sulla nullità dei patti relativi alla successione futura di una persona viva (art. 1118).

[2] Per l'articolo 1701 del Codice Civile italiano al contrario, i beni che le parti acquistassero per *successione* o donazione, non entrano nella società universale, se non per *essere goduti in comune*, ed ogni stipulazione che tendesse a render *comune la proprietà* di tali beni sarebbe nulla.

nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Di questo assioma molte spiegazioni sono state proposte. La più semplice, se non la più plausibile, si è questa: che i Romani considerando l'*hereditas*, quale un dominio, la volessero *illimitata* e *perpetua* come il medesimo, e quindi ritenessero dovere abbracciare *tutto il patrimonio* e *per sempre.*[1] La regola: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest,* non si applica per diritto Romano alla eredità dei militari (fr. 6, *Dig. de test. milit.,* XXIX, 1; fr. 15, § 4; fr. 17 *pr.;* fr. 37, *Dig. eod.; cost.* 1 e 2. *Cod. eod.*, VI, 21), e subisce limitazione nella parziale rescissione di un testamento inofficioso (fr. 15, § 2; fr. 19 *pr.;* fr. 24, *Dig. de inof. testam.,* V, 2).[2]

[1] Vi ha chi per spiegare quell' assioma osserva, che il testamento in antico si faceva come una legge, e che essendo una legge privata in deroga alla legge generale dello Stato, non era possibile ammettere, che queste due leggi contraditlorie regolassero una medesima eredità. Ma a ciò può obiettarsi, non essere strano nè nuovo, che una legge posteriore deroghi in qualche parte, ad una legge anteriore, coesistendo ambedue dove non sono incompatibili. Nè giova cercare la spiegazione di tale assioma nelle formalità richieste a fare il testamento *per æs et libram*, osservando che era quello una vendita che il testatore faceva, a chi voleva istituire erede, di tutta l'eredità nulla escluso nè eccettuato, attalchè cosa alcuna non rimaneva per gli eredi *ab intestato.* Imperocchè non si sa intendere perchè dalla *mancipatio* non si potevano escludere la quota di patrimonio o le cose delle quali non si voleva trasmettere la proprietà all'*emtor familiæ.* Spiegare anche meno plausibilmente l'assioma in questione, è il dire: che fu introdotto perchè i *sacra privata* del testatore, avessero un cultore certo, e non rimanesse indeciso se dovessero gli eredi testamentari o gli intestati seguitarne la religione. Basti osservare in contrario, che questa difficoltà avrebbe dovuto esistere ancora nel caso di più coeredi testamentari o legittimi. Su queste, e sopra altre spiegazioni del celebre assioma, vedi Gans, *Dello svolgimento del diritto di successione nella storia Romana,* cap. V.

[2] Il Codice civile italiano, l'abbiamo detto altra volta, colloca le successioni ereditarie fra i modi di acquistare la proprietà, seguitando in questo l'ordine sistematico delle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano. Riconosce che la successione si devolve o per *legge* o per *testamento* (art. 720).

Il Codice dunque esclude e rifiuta le istituzioni e le successioni *contrattuali o convenzionali* (vedi gli articoli 720, 954, 1118, 1380, 1460); sanziona poi la prevalenza della successione *testamentaria* su quella *legittima*, sebbene nell'ordinamento dei *capi*, del medesimo *titolo*, prima tratti della successione per legge, e poi di quella per testamento: sanziona quella prevalenza, quando dispone che non si fa luogo alla successione legittima, se non quando *manchi in tutto od in parte* la *eredità testamentaria* (art. 720).

Ma dove si allontana dal diritto Romano è nell'ammettere che la medesima eredità possa essere deferita ed acquistata parte per legge e parte per testamento: il che si rileva dalle parole ora riportate, cioè che non si fa luogo alla successione legittima, se non quando manchi *in tutto* od *in parte* l'eredità testamentaria; ed il che resulta ancora dalla definizione del testamento data dall'articolo 759, ove è detto; che con esso si dispone di tutte le *proprie sostanze*, o di *parte di esse.*

Laonde il celebre aforisma del diritto Romano: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, non è più vero pel Codice nostro. Il Legislatore nostro, a imitazione delle legislazioni odierne, lo ha abolito perchè

CAPITOLO III.

HEREDITAS E BONORUM POSSESSIO.

(*Instit.*, lib. III, tit. 9, *de bonorum possessionibus. Dig.*, lib. XXXVII, tit. 1, *eod.; Cod.*, lib. VI, tit. 9, *qui admitti ad bonorum possessionem possunt.*)

§ 591. La *hereditas* era una istituzione dell'antico diritto Civile, ma come osservammo altre volte, che a lato ad un'istituzione informata dai principii rigorosi del diritto Civile primitivo, ne sorgeva un'altra animata da principii più liberi e più equi, così eziandio a fianco dell'eredità, esclusivamente propria del cittadino romano, surse un'altra istituzione, analoga per lo scopo e per gli effetti (consistendo essa in una nuova maniera di en-

non ha riconosciuto un fondamento razionale al medesimo. Esprimeva invero, a Roma la lotta di due principii (l'arbitrio individuale, e la legge che proteggeva la famiglia) lotta che se un tempo parve inconciliabile (fr. 7, *Dig. de regulis juris*), a poco a poco diede luogo a delle transazioni: le quali a Papiniano non sembrarono assurde (fr. 15, § 2, *Dig. de inoffic. test.*) e di cui parecchi esempi occorrono nel progresso della romana legislazione, come in materia di *testamento inofficioso* (fr. 15, § 2; fr. 16; fr. 25, § 1, *Dig. de inoff. testam. cost.* 13, *Cod. eod.*) di *legittima*, di *codicilli ab intestato*, e di *divisio parentum inter liberos*.

Riteniamo dunque, che pel Codice nostro è lecito: essere *simultaneamente* rappresentati in parte da un erede designato per testamento, ed in parte da un erede designato dalla legge. Ma sarà egli lecito pel Codice nostro essere rappresentati *successivamente* da due eredi, l'uno testamentario, legittimo l'altro, l'uno dei quali succeda dopo l'altro? Il Codice nostro non lo permette. Infatti l'articolo 851 dichiara, che si ha per non apposto ad una disposizione a titolo universale, *il giorno* dal quale essa debba *cominciare* o *cessare*. Su ciò il Codice è concorde col diritto Romano. *semel heres, semper heres*.

La ragione di questa disposizione del Codice a nostro credere risiede nella riprovazione con la quale il nostro legislatore prosegue le sostituzioni fedecommessarie, le quali, ammettendo un principio opposto a quello sanzionato dall'articolo 851, troverebbero aperto e facile l'adito.

Abbiamo detto che pel Codice civile Italiano la successione testamentaria prevale alla legittima (art. 720) appunto come per diritto Romano; in questo il Codice civile Italiano si allontana dal Codice civile Francese, il quale in sostanza non riconosce che una successione: quella *legittima*. Col testamento nel sistema francese lice ordinare dei legati, ma non attribuire la qualità di erede. Il possesso dei beni alla morte del cittadino passa *di regola* nei suoi eredi *legittimi* (art. 724 *del Cod. Nap.*). Le disposizioni relative all'apertura della successione, all'accettazione, alla rinunzia dell'eredità, alla divisione della medesima, alla collazione, sono dettate dal Codice Napoleone per le successioni legittime, e vengono applicate soltanto per analogia nel caso di successione testamentaria. Saviamente il nostro legislatore ha preferito seguitare in questo proposito la dottrina Romana, riconoscere cioè la qualità di erede ancora a chi è istituito tale nel testamento, e preferire l'erede testamentario al legittimo.

trare al godimento dei beni lasciati da un defunto), ma più consentanea all'equità naturale, ed applicabile eziandio ai peregrini, perchè di diritto delle Genti: vogliamo parlare della *bonorum possessio*, istituzione che dovè la sua origine ai Pretori, a questa magistratura che rappresenta l'elemento progressivo nella Romana legislazione, istituzione che fu con la *hereditas* nello stesso rapporto, che il dominio quiritario col dominio bonitario.

§ 592. Fra le sue attribuzioni dirette all'applicazione della legge, il Pretore aveva eziandio quella, in caso di contestazione, di dare all'erede, e di mantenergli il possesso dei beni del defunto. Forse valendosi di questa facoltà, il Pretore si fece a dare cotal possesso (*bonorum possessio*) ancora a quei congiunti del defunto, che la legge civile aveva trascurato di chiamare all'eredità, per impedire che l'eredità stessa rimanesse vacante; il che pel ristretto numero di persone chiamate dalla legge a succedere, poteva troppo di frequente intervenire. Questa fu una *bonorum possessio* introdotta *supplendi juris civilis gratia.* In progresso di tempo diede la *bonorum possessio* eziandio a quei congiunti più stretti del defunto, che il diritto Civile, contro i precetti dell'equità naturale, aveva escluso dalla eredità, preferendo loro altre persone unite al defunto per i vincoli civili di agnazione, anzichè per quelli naturali o di sangue, cioè di cognazione. E questa fu una *bonorum possessio ab intestato*, introdotta *juris civilis corrigendi gratia.* Entrato una volta in questa strada, il Pretore riconobbe giusto di concedere la *bonorum possessio* alle persone nominate in testamenti, ai quali mancavano alcuni dei requisiti voluti dalle leggi Civili: ed ammise per cotal guisa alla *bonorum possessio secundum tabulas* degli eredi testamentari, che il diritto Civile non avrebbe riconosciuto. Finalmente, talvolta diede la *bonorum possessio* a persone, che per testamento erano state ingiustamente escluse dall'eredità, e questa fu una *bonorum possessio contra tabulas.* L'erede civile, il vero e proprio *heres*, non aveva bisogno della *bonorum possessio*: per lui non era necessaria, ma riuscivagli vantaggiosa. Ed in vero per ottenere come erede le coso, che facevano parte del patrimonio lasciato dal defunto, faceva di mestieri dimostrare che il defunto era proprietario, mentre per ottenerle come *bonorum possessor* bastava provare che il defunto le aveva possedute; per godere dei vantaggi propri dell'erede bisognava dimo-

strare, che si riunivano tutte le condizioni richieste dal diritto Civile, mentre per conseguire i vantaggi medesimi come *bonorum possessor*, bastava provare di essere in uno dei casi dal Pretore contemplati nell'Editto, molto più equo nelle sue prescrizioni. Il *bonorum possessor* aveva l'interdetto *quorum bonorum* (*Dig.*, XLIII, 2; *Cod.*, VIII, 2; *quorum bonorum*) mentre l'*heres* aveva l'*hereditatis petitio*; or bene quell'interdetto *adipiscendæ possessionis* aveva su quest'azione il vantaggio di non essere escluso dalla *usucapio pro herede*, di essere esperibile anche contro *qui dolo desiit possidere*: e non fu che tardi, che questi vantaggi furono estesi alla *hereditatis petitio* da un senatusconsulto emanato sotto Adriano. Per questi motivi l'erede trovando utile per sè la *bonorum possessio* (GAJO, III, 34) la chiedeva, ed il Pretore concedendogliela, introduceva una *bonorum possessio confirmandi juris civilis gratia* (*Instit. de bon. poss.*, III, 9).

§ 593. Per ottenere la *bonorum possessio* faceva di mestieri chiederla (fr. 3, § 3, *Dig. de bon. poss.* XXXI, 1): non si acquistava mai *ipso jure*; la domanda che se ne faceva, dicevasi *petitio bonorum possessionis*. Chiesta che fosse, veniva accordata (*agnitio, admissio bonorum possessionis*), dietro un'inchiesta (*causæ cognitio*), mediante un decreto speciale: onde il nome, che ebbe di *bonorum possessio decretalis*. Ma a poco a poco si stabilirono in proposito delle regole, e dei principii fissi, ed allora la *bonorum possessio* ebbe un posto nell'Editto in un modo permanente, e si conobbe la *edictalis bonorum possessio*, la quale poteva essere domandata fondandosi sulla lettera dell'Editto medesimo, e si otteneva senza bisogno di un decreto pronunziato *pro tribunali*, bensì *de plano*, e senza bisogno di precedente *causæ cognitio* (fr. 3, § 8, *Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1; fr. 2, § 1, 2, *Dig. quis ordo*, XXXVIII, 15). La *decretalis bonorum possessio*, che era stata la prima a sorgere, poi fu raramente usata, e divenne l'eccezione: mentre l'*edictalis* fu la regola; vale a dire il Pretore l'accordò per decreto, a persone ed in casi non contemplati dalle parole dell'Editto, quando trovò giusto e coerente ai suoi principii di farlo (fr. 39, § 1, *Dig. de acq. vel amitt. hered.*, XXIX, 2; fr. 3, § 8, *Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1; fr. 1, § 7, *Dig. de successorio edicto*, XXXVIII, 9). La *bonorum possessio* doveva essere chiesta dagli ascendenti e discendenti del defunto dentro un *anno utile*: dagli altri dentro i 100 *giorni utili* (ULP.,

XXVIII, 10; *Instit.*, § 9, *de bon. poss.*, III, 9; fr. 1, §, 8, 13, 16, *Dig. de suc. ed.*, XXXVIII, 9; fr. 7, § 2; fr. 10, *Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1). Se chi aveva diritto di chiedere la *bonorum possessio*, lasciava spirare quei termini senza chiederla, o se moriva prima di chiederla, o se la repudiava, dichiarando di non volerla, la perdeva (fr. 4, *Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1): quando non fosse stato chiamato a succedere ancora dal diritto Civile. I termini nei quali doveva essere chiesta la *bonorum possessio*, non decorrevano insieme per tutti coloro che avevano diritto di chiederla, decorrevano invece successivamente pei diversi ordini loro, cosicchè per l'ordine posteriore cominciavano a decorrere soltanto dopo che erano spirati per l'anteriore. Se non che, ove taluno avesse repudiato la *bonorum possessio*, non si aspettava per passare al grado successivo il decorso dei termini: il passaggio si operava subito (*Instit.*, § 9, *h. t.*, III, 9; fr. 1, § 6, 8, 10, *Dig. de success. edict.*, XXXVIII, 9; ULP., XXVIII, 11). Ma chi aveva trascurato di chiedere la *bonorum possessio* nel proprio grado, poteva chiederla nel successivo, purchè dimostrasse che poteva venire anche in questo (fr. 1, § 10, 11, *Dig. de succes. ed.*, XXXVIII, 9). In antico la *bonorum possessio*, si chiedeva *formalmente* al *Pretore*, ma i figli di Costantino ordinarono che potesse chiedersi a qualunque giudice, e con qualunque manifestazione di volontà (*cost.* 9, *Cod. qui admit.*, VI, 9; *Instit.*, § 10, *de bon. poss.*, III, 9).

§ 594. Secondo l'Editto del Pretore la *bonorum possessio* si deferiva in quest'ordine: In *primo luogo* si deferiva la *bonorum possessio contra tabulas*, in secondo luogo *secundum tabulas*; in ultimo luogo *ab intestato* (*Instit.*, § 3 e 4, *h. t.*, III, 9). Quando la prima *delatio* rimaneva senza effetto, veniva ripetuta a favore della classe seguente, *successorium edictum* (ULP., XXVIII, 11; *Dig.*, lib. XXXVIII, tit. 9; *Cod.*, lib. VI, tit. 16, *de successorio edicto*; *Instit.*, § 9, *h. t.*, III, 9).

§ 595. L'Editto ammetteva alla *bonorum possessio* tutti coloro che avevano una ragione per succedere, fosse questa un testamento, o la legge: e tanto se il preteso loro diritto di succedere si fondava sulle leggi Civili, quanto se si fondava sul diritto Pretorio. Nell'Editto fu perfino promessa la *bonorum possessio* a coloro, i quali per lo avvenire avessero per qualche nuova legge acquistato un diritto di succedere (*Instit.*, § 7, *h. t.*, III, 9;

fr. *un.*, *Dig. ut ex legib.*, XXXVIII, 14; fr. 3, *Dig. unde legit.*, XXXVIII, 7). In questo stato di cose avveniva, che si presentassero al Pretore per ottenere la *bonorum possessio* persone che fondavano le loro pretensioni sul diritto Civile, e persone che le fondavano unicamente sull'Editto pretorio. Sembra che in origine si verificasse oscitanza nel decidere la questione di preferenza fra costoro; ma in seguito prevalse la regola, che quando la *bonorum possessio* era promessa dall'Editto eziandio agli eredi civili, si dovesse esaminare qual posto loro assegnava l'Editto stesso, cioè se un posto anteriore, od uno posteriore a quello assegnato a coloro, che potevano invocare soltanto l'Editto del Pretore: e se l'erede civile aveva nell'Editto un posto anteriore, a lui dovessero andare i beni del defunto, e chi vantava a proprio favore soltanto l'Editto del Pretore dovesse cedergli. In questo caso in cui l'erede aveva un posto anteriore, eziandio nell'Editto pretorio, supposto che egli avesse trascurato di chiedere la *bonorum possessio,* e che l'avesse ottenuta nel suo silenzio colui che si fondava soltanto sull'Editto, quest'ultimo veniva dietro istanza dell'erede civile spogliato dei beni ricevuti, e rimaneva un *bonorum possessor sine re.* Di qui deriva la distinzione accennata da Ulpiano (tit. XXVIII, § 13, *Reg. lib. sing.*), ed esemplificata da Gajo nelle sue Istituzioni (comm. III, § 35 a 38), fra *bonorum possessio sine re,* e *bonorum possessio cum re. Cum re,* cioè quando il *bonorum possessor,* che vantava a proprio favore soltanto l'Editto del Pretore, riteneva effettivamente i beni. *Sine re,* o nominale, quando un altro, che si fondava oltre che sull'Editto eziandio sul diritto Civile, poteva evincergli quel patrimonio del quale aveva avuto la *bonorum possessio.*

§ 596. Del resto la *bonorum possessio* ancorchè *cum re,* non attribuiva mai le qualità di *heres,* e qual modo di acquisto pretorio rispetto alle cose ereditarie produceva un semplice *in bonis esse.* Ma il *bonorum possessor* seguitando a possedere per un anno l'eredità, finiva per acquistarne il dominio quiritario, mediante l'*usucapio pro herede:* ed il Pretore per quell'anno ricusando ogni azione a coloro, che avrebbero potuto pretendere la eredità, li poneva nell'impotenza di interrompere siffatta usucapione. Aggiungasi, che il *bonorum possessor,* essendo trattato dal Pretore come se fosse un erede, *fictitius heres,* (Gajo, III, 32; Ulp., XXVIII, 12; *Instit.,* § 2, *de bon. poss.,* III, 9), era abilitato ad

esercitare i diritti del defunto, se non con azioni *directæ*, almeno con azioni *fictitiæ*, con le quali era alla sua volta convenuto dai creditori del suo autore (GAJO, IV, 34; ULP., XXVIII, 12); e nel terzo periodo ebbe perfino la *hereditatis petitio possessoria* (*Dig.*, lib. V, tit. 5, *de possessoria hereditatis petitione*). Dalle quali cose si raccoglie, che se il *bonorum possessor* non poteva far riconoscere e valere la sua posizione giuridica con i mezzi civili dei quali disponeva l'*heres*, mercè la protezione del Pretore, conseguiva un uguale intento. Senza dubbio per molto tempo nel diritto di successione ereditaria, si distinsero come due sistemi opposti l'*hereditas* e la *bonorum possessio*, e fu complicato ed artificioso il modo col quale si commettevano: ma pei mutamenti introdotti nei principii dell'*hereditas*, dettati dallo spirito stesso che aveva informato la *bonorum possessio*, per la efficacia sempre maggiore accordata a quest' ultima, e principalmente per la fusione della proprietà quiritaria con la bonitaria, quei due sistemi si avvicinarono sempre più l'uno all'altro, finchè venne tempo in cui non poterono più considerarsi come in antagonismo fra loro, ed esistè l'*hereditas* modificata soltanto in qualche parte dalla *bonorum possessio*. La verità di queste asserzioni apparirà in seguito.

PARTE II.

Della Delazione dell' Eredità per Testamento.

§ 597. Due dicemmo essere i fondamenti alla delazione di una eredità: 1° il testamento, 2° la legge. Noi parleremo prima del testamento, perchè è soltanto in difetto dell' ordine testamentario, che si fa luogo al legittimo.

CAPITOLO I.

DEL TESTAMENTO IN GENERALE.

§ 598. Anche prima della legge decemvirale era lecito al *cittadino*, *sui juris* e *pubere*, di disporre dei propri beni con un atto di *ultima volontà*, vale a dire con un atto, che contenesse la disposizione dei beni per dopo la propria morte: disposizione essenzialmente revocabile: *ambulatoria enim, est voluntas defuncti*,

usque ad vitæ supremum exitum (fr. 4, *Dig. de adim. vel transf. leg.*, XXXIV, 4), attalchè acquista efficacia soltanto, quando chi la fece muore senza mutarla. A Roma l'ultima volontà umana si manifestava legalmente, nei primi tempi per *testamento* soltanto, poi anche per *codicillo.*

§ 599. Nelle Istituzioni imperiali non occorre una definizione del testamento: ivi troviamo soltanto la pretesa etimologìa di questa parola: *testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.* (*Instit. pr., de testam. ordin.*, II, 10), attestazione della nostra volontà. Giuoco di parole è questo, forse più che una vera etimologìa di quella voce, almeno secondo l'opinione di coloro, che vogliono farla derivare dal verbo *testor, testaris,* dichiarare avanti testimoni. Ulpiano disse il testamento: *mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* (*lib. reg. sing.*, XX, § 1), e Modestino invece: *voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult* (fr. 1, *Dig. qui testam. facere possunt,* XXVIII, 1). La definizione di Ulpiano è più completa di quella di Modestino, perchè accenna, oltre che alla *legalità* nell'esterna manifestazione del volere (*justa sententia*), eziandio alle *solennità* da osservarsi nel testamento (*in id solemniter facta*), solennità che nel codicillo prima non si richiedevano affatto, poi furono richieste in minor numero che nel testamento. Ma ambedue le riferite definizioni sono difettose e manchevoli di fronte al gius Nuovo, in cui oltre il testamento, si conoscono anche i codicilli; ed infatti non esprimono il vero carattere del testamento pel quale si distingue dal codicillo, vale a dire la *istituzione di un erede diretto.* Laonde migliore partito è definire il testamento, coi moderni espositori del diritto Romano, come: *una legale e solenne disposizione di ultima volontà, con la quale si istituisce un erede diretto. Legale* disposizione di ultima volontà, cioè conforme alla legge (*justa*): e disposizione *solenne,* perchè addimandansi alla medesima certe solennità o formalità, che vogliono essere osservate da chi fa testamento (*solemniter facta*); con la quale si istituisce un *erede diretto:* tale istituzione è la caratteristica del testamento perchè soltanto per testamento può esser fatta.[1]

[1] Il Codice Civile italiano, l'avvertimmo, riconosce due fondamenti alla delazione delle successioni ereditarie: il *testamento* e la *legge.*

Definisce il testamento come; un atto *revocabile* col quale taluno, secondo

CAPITOLO II.

CONDIZIONI PER FARE TESTAMENTO.

(*Instit.*, lib. II, tit. 12, *quibus non est permissum facere testamentum*; *Dig.*, lib. XXVIII, tit. 1, *qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. Cod.*, lib. VI, tit. 22, *qui testamenta facere possint vel non.*)

§ 600. La capacità al diritto di successione testamentaria, dicesi *testamentifactio*. Essa comprende:

le regole stabilite dalla legge, dispone pel *tempo in cui avrà cessato di vivere di tutte* le proprie sostanze o *di parte* di esse, a favore di una o più persone (art. 759).

Il Codice stesso dice che il testamento è un atto *revocabile*, ed in ciò concorda col diritto Romano che sanzionava il principio: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum* (fr. 4, *Dig. de adim. vel transf. leg.*).

Aggiunge che è un atto di disposizione pel tempo in cui il disponente *avrà cessato di vivere*; e così lo qualifica come *atto di ultima volontà*, quale era appunto per diritto Romano.

Avverte che deve essere fatto *secondo le regole stabilite dalla legge*, cioè che è un *atto legale*, secondo il *gius*, una *justa contestatio*, o *justa sententia*, come dicevano i Romani giureconsulti; non parla però di *solennità*, non dice che deve essere una disposizione *solenne* di ultima volontà, perchè nel sistema del Codice, non vi ha un atto di ultima volontà *solenne*, ed un atto di ultima volontà *meno solenne*, non si distingue pel Codice cioè il *testamento* dal *codicillo*, come distinguevano i Romani. Pel Codice, il codicillo, si confonde col testamento; quindi o il disponente voglia destinarsi uno o più eredi, o voglia ordinare soltanto dei legati, l'atto di sua disposizione è sempre un *testamento*.

Col testamento può, pel Codice nostro, il disponente disporre di tutte *le sue sostanze* o *soltanto di parte*, lasciando regolare il resto dalla legge. Il perchè la regola: *nemo pro parte etc.* (come già abbiamo detto) non ha più vigore nella legislazione nostra. È lecito al testatore dunque, lasciare soltanto dei legati a carico degli eredi legittimi, senza neppure ricordarli nel testamento.

Di qui deriva altresì, che contro il principio del diritto Romano, si può pel Codice nostro *morire con più testamenti tutti ugualmente validi* (art. 920). Ed infatti la ragione per la quale nel diritto Romano ciò non era lecito, questa in sostanza si era, che col testamento il testatore non poteva disporre se non se del suo *universum jus*, onde non violare la regola *nemo pro parte ec.*, attalchè dopo aver fatto un primo testamento, non rimaneva obietto possibile per un testamento secondo. Ma pel Codice nostro, il testatore potendo disporre con un primo testamento soltanto *di parte* del suo patrimonio, e lasciare il *rimanente ab intestato*, è facile intendere la possibilità di un ulteriore testamento, con cui si disponga di sostanze delle quali non dispose col primo.

Dalle quali cose si rileva, che per l'attuale legislazione patria, non è più un carattere distintivo del testamento l'*istituzione di un erede* o di *più eredi*, mentre può il testatore limitarsi nel testamento a ordinare dei legati a carico degli eredi legittimi.

Il nostro Codice rifiutando le *sostituzioni fedecommissarie*, non è più pos-

a) la capacità di testare,

b) la capacità di fare da testimoni in un testamento,

c) la capacità di essere istituiti eredi, o onorati di un legato,

d) la capacità di essere nominati tutori testamentari.

Di qui la distinzione, che fanno i moderni fra *testamentifactio attiva* e *passiva*; *attiva*, che consiste nel diritto di fare un testamento romano (fr. 4, 19 *pr., Dig. qui testam. facere possunt*), *passiva* che consiste nel diritto di figurare come erede, legatario, testimone o tutore in un testamento romano (*Instit.* § 4, *de hered. qualit.*, II, 19; fr. 16, 18 *Dig. qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1; fr. 21, *Dig. de test. tut.* XXVI, 2). Taluno può avere la *testamentifactio* attiva e mancare della passiva, e viceversa: e possono mancare ambedue; a mo' di esempio: la donna negli ultimi stadi del diritto Romano può far testamento, ma non può fare da testimone; il pupillo può essere istituito, ma non può testare nè fare da testimone: il latino Juniano non può testare nè essere nominato tutore testamentario, ma può fare da testimone: gli apostati non possono figurare in nessun modo in un testamento (fr. 3, 4, 16, 20, § 6, *qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1; Ulp., XX, 8).

§ 601. Quattro sono le condizioni che si addimandano per poter fare testamento.

1° La prima condizione era in diritto Antico la cittadinanza romana, o almeno il *commercium mortis causa*. Per conseguenza incapaci ne erano:

a) *i servi* (*Instit.*, § 4, *de her. qual.*, II, 19; fr. 16; fr. 19 *pr., qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1); nondimeno i *servi publici, populi romani* potevano testare della metà dei loro beni (Ulp., XX, 16).

b) *i peregrini* (Gajo, I, 25) compresi gli ostaggi, *obsides*, la cui

sibile la distinzione fra eredi *diretti*, eredi *fiduciari*, ed eredi, *fedecommessari*; ogni erede è erede *diretto*. E questa è la ragione per la quale il Codice *non definisce* il testamento, un atto di ultima volontà revocabile, *col quale si istituisce un erede diretto*, come lo definiscono i commentatori del diritto Romano.

Le disposizioni testamentarie che comprendono *l'universalità* o una *quota di beni del testatore*, sono a *titolo universale*, ed attribuiscono la qualità di *erede*.

Le altre disposizioni sono a *titolo particolare* e attribuiscono la qualità *di legatario* (art. 760) qualunque sia la denominazione adoperata dal testatore, purchè atta a manifestare la sua volontà (art. 827).

Non si può pel Codice nostro fare un testamento da due o più persone nel medesimo atto, nè a vantaggio di un terzo, nè per disposizione reciproca (art. 761).

successione ricadeva al fisco, quando non si fosse loro dato una speciale facoltà di fare un testamento (fr. 11, *Dig. qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1; fr. 31, *Dig. de jure fisci*, XLIX, 14): ed era indifferente se questi peregrini potessero o no testare, secondo le leggi particolari della loro patria (Ulp., XX, 14).

c) Coloro che avevano subito una *maxima* o *media capitis diminutio* (fr. 8; fr. 18, § 1, *Dig. qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1).

d) I *latini Juniani*, sebbene avessero il *commercium*, ed i *dedititi*. Ai *latini Juniani* la *lex Junia Norbana* toglieva espressamente la *testamentifactio activa*: ai *dedititi* non si riconosceva facoltà di testare, secondo Ulpiano, perchè non essendo cittadini romani, come tali non potevano far testamento, e non appartenendo ad alcuna città, non si sapeva quali leggi dovessero seguitare per fare un testamento valido (Ulp., XX, 14).

e) Il prigioniero di guerra non poteva testare, perchè aveva perduto libertà e cittadinanza *ex captivitate*; quindi il testamento fatto durante la prigionìa era sempre nullo, anche se il testatore, recuperata la libertà, fosse ritornato in patria (fr. 8, *Dig. h. t.*, XXVIII, 1); ma il testamento fatto prima di divenire prigioniero era valido, perchè se il testatore tornava in patria, *jure postliminii* veniva considerato come se non fosse stato mai servo: e se moriva nella cattività, in forza della *lex Cornelia testamentaria*, si fingeva morto nel momento in cui fu fatto prigioniero (*Instit.*, § 5, *h. t.*, II, 12; Paolo, III, 4, 8; Ulp., XXIII, 5; fr. 6, § 12, *Dig. de injusto rupto test.*, XXVIII, 3).

2° La seconda condizione per poter far testamento, fu di essere *paterfamilias* vale a dire *sui juris*, e di avere per conseguenza un patrimonio (*familia*) proprio. Il figlio di famiglia come persona *alieni juris*, e priva di *familia*, non poteva far testamento: *quia*, dice Ulpiano, *filiusfamilias nihil suum habet* (Ulp., *reg. lib. sing.*, XX, 10; fr. 6; fr. 19, *Dig. qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1). Sebbene per l'introduzione dei peculi, tal ragione di incapacità cessasse pei figli di famiglia, tuttavolta anche in gius Nuovo rimasero incapaci di testare del loro peculio avventizio, perfino col consenso del padre (*Instit. pr.*, *quib. non est permis. test.*, II, 12, *cost.* 11, *Cod. qui test. fac. poss.*, VI, 22, *cost.* 8, § 5, *Cod. de bonis quæ lib.*, VI, 61). Dei peculi castrense e quasi castrense ebbero facoltà di testare, perchè riguardo a questi furono considerati come padri di famiglia (Ulp., XX, 10; Gajo, II, 106, *Instit.*

§ *ult. de test. milit.*, II, 11; fr. 18 *pr. Dig. de stip. serv.*, XLV, 3, *cost.* 11, 12, *Cod. qui testam.*, VI, 22, *cost.* 37 *pr. Cod. de inoff. testam.*, III, 28). In antico le donne non potevano testare, perchè, non ammesse ai comizi, ove i testamenti si facevano. In seguito, se *sui juris* poterono testare, ma con l'*auctoritas tutoris* (vedi vol. I, lib. I, § 249, nº 2), purchè avessero distrutto la loro agnazione con la *fiduciaria cœmtio* (Gajo, I, 115). Sparita per la legge *Claudia* la tutela, che su di loro avevano gli agnati, il Pretore obbligò i tutori a convalidare con la loro presenza i testamenti delle donne, e diede la *bonorum possessio secundum tabulas* a quelli eredi, che le donne avessero istituito, con un testamento fatto senza l'*auctoritas* tutoria; ma non così se le donne fossero state sottoposte alla tutela legittima degli *ascendenti* o *dei patroni* (Gajo, II, 121, 122). Queste potevano testare senza l'*auctoritas* del tutore soltanto quand'avessero avuto quel numero di figli che valeva a proscioglierle dalla perpetua tutela del sesso (Gajo, I, 145, 194, III, 44; Ulp., XXIX, 3). Nell'epoca Giustinianea, la donna è capace di testare alla pari dell'uomo.

3º La terza condizione per poter fare testamento, è la capacità naturale a dichiarare la propria volontà. Questa capacità può mancare per *difetto di intelletto o di corpo.*

a) Per difetto di intelletto sono incapaci di testare:

I. Gli impuberi, *quia nullum eorum animi judicium est.* (*Instit.*, § 1, *quib. non est. permis.*, II, 12; Ulp., XX, 12). I maschi, compiuto il 14º anno e le femmine il 12º, sono in gius Nuovo capaci di testare: e nel computare il tempo necessario per abilitare l'impubere a far testamento, applicasi la regola *dies novissimus incæptus pro impleto habetur* (fr. 5, *Dig. qui testam. fac poss.*, XXVIII, 1, *cost.* 4, *Cod. eod.*, VI, 22). Il testamento fatto nell'impubertà rimane sempre nullo, sebbene chi lo fece, muoia dopo essere divenuto pubere (*Instit.*, § 1, *h. t.*, II, 12). L'*auctoritas* del tutore non attribuisce validità al testamento dell'impubere (*Instit.*, § 1, *l. cit.*, fr. 19, *Dig. qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1). I puberi possono testare senza bisogno del consenso del curatore (fr. 20, § 1, *Dig. de lib. leg.*, XXXIV, 3).

II. I dementi o furiosi, *quia mente carent.* Il loro testamento fatto in un lucido intervallo, o prima dell'alienazione mentale, vale (Paolo III, 4, 5, *cost.* 9, *Cod. h. t.*); ma quello fatto nella de-

menza non si convalida, neppure se il testatore morisse avendo ricuperato la ragione (*Instit.*, § 1, *h. t*, II, 12; ULP., XX, 12 e 13; PAOLO, III, 4, 5; fr. 16, § 1, fr. 17; fr. 19, e 20, *Dig. h. t.*, XXVIII, 1).

III. I prodighi, cui fu interdetta l'amministrazione dei loro beni (vedi vol. I, lib. I, § 259), ma il testamento loro fatto prima dell'interdizione è valido (*Instit.*, § 2, *h. t.*, II, 12).

b) Per un difetto di corpo non possono testare:

I. I *sordo-muti a nativitate*. In antico i sordo-muti erano incapaci di testare, perchè non potevano compiere le formalità, che i testamenti primitivi addimandavano (ULP., XX, 7, 13), poi poterono testare per iscritto, se ne ottenevano speciale permesso dal principe (fr. 7, *Dig. h. t.*, XXVIII, 1); ma Giustiniano con una sua costituzione accordò loro la capacità di far testamento, purchè potessero dichiarare la loro volontà o a voce o in iscritto se solamente sordi; o in iscritto se solamente muti; o purchè fossero divenuti sordo-muti quando già avevano raggiunto un certo grado di svolgimento nelle loro facoltà intellettuali, ed acquistato sufficiente uso di lettere (*cost.* 10, *Cod. h. t.*, VI, 22).

II. Il cieco non poteva far testamento, se non che osservando certe formalità, delle quali parleremo in seguito.

4° La quarta condizione, che si richiede per poter far testamento, è l'assenza di una speciale proibizione legislativa (fr. 18, § 1, *Dig. h. t.*, XXVIII, 1). La legge a titolo di pena toglieva da alcune persone la facoltà di testare: questi *lege intestabiles* erano a Roma, i seguenti:

1° I perduelli, ed i loro figli (*cost.* 5 *pr.*, § 1, *Cod. ad legem Jul. majest.*, IX, 8.).

2° I rei del delitto di libello famoso (fr. 18, § 1, *Dig. h. t.*, XXVIII, 1; fr. 21 *pr.*, *Dig. de test.*, XXII, 5; fr. 5, § 9, 10, *Dig. de inj. et fam. libell.*, XLVII, 10).

3° Gli apostati ed alcune specie di eretici (*cost.* 2, 4, *Cod. de apostatis*, I, 7, *cost.* 4, § 5, *Cod. de heret. et manich.*, I, 5).

4° I condannati a morte, se con la pena è congiunta la confisca dei loro beni, e la sentenza è eseguibile (fr. 8, § 4; fr. 13, § 2, *Dig. h. t.*, XXVIII, 1).

5° Quelli che contrassero nozze incestuose, se non istituivano i loro figli legittimi (*cost.* 6, *Cod de incest. nupt.*, V, 5, *Nov.* 12, *cap.*, I, 2). È notevole una limitazione, se non introdotta, almeno

sanzionata da Antonino Pio sulla capacità di testare; per essa chi è dubbioso sul proprio *status*, è nella condizione dell'incapace (ULP., XX, 11; fr. 14 e 15, *Dig. h. t.*, XXVIII, 1).[1]

CAPITOLO III.

FORME DEI TESTAMENTI.

(*Instit.*, lib. II, tit. 10, *de testamentis ordinandis; Dig.*, lib. XXVIII, tit. 1, *qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant; Cod.*, lib. VI, tit. 23, *de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur.*)

§ 602. Le forme, ossia le solennità esterne dalla legge proscritte pei testamenti, hanno variato a seconda dei tempi. Due erano le più antiche maniere di far testamento: *calatis comitiis, in procinctu.*

a) *Calatis comitiis.*

Era nei comizi curiati, composti dei *patres*, che il *paterfamilias* aveva facoltà di testare. Due volte all'anno si convocavano a quest'effetto le curie, ed ivi *teste populo* (allora compo-

[1] Pel Codice Civile italiano possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge (art. 762).
Sono incapaci di testare (per l'art. 763):
1° Coloro che non hanno compiuto l'età di *diciotto anni.*
2° Gli *interdetti* per infermità di mente.
3° Quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati *sani di mente* nel tempo in cui fecero testamento (ciò in deroga al disposto dell'articolo 337, in questa materia non applicabile).
L'incapacità degli interdetti per infermità di mente, nuoce alla validità del testamento solo nel caso che sussistesse nel tempo in cui fu fatto il medesimo.
L'interdizione sopraggiunta dopo il fatto testamento, o l'alienazione mentale posteriore, non nuocerebbero, se il testamento fu fatto in momento di sanità di mente (art. 763, capoverso).
Pel nostro Codice il forestiero, il figlio di famiglia, l'inabilitato per prodigalità non trovano ostacolo a testare nella mancanza di nazionalità italiana, nella subiezione alla patria potestà, o nel decreto di inabilitazione.
I *sordo-muti* ed i *muti* possono testare o per testamento *olografo*, o per *testamento segreto* ricevuto da notaio (art. 786), i *sordi* possono testare anche *per testamento pubblico*, ma con speciali solennità (art. 787): i ciechi, non *potendo leggere* non possono fare testamento *segreto* (Art. 785); se sono anche sordi, pel loro testamento *pubblico* è necessario un testimone di più (Art. 787). Il Codice civile non ricorda alcuno come incapace di testare in conseguenza di pena incorsa, perocchè in questa materia si riferisca (come altra volta fu detto) al Codice penale.

sto dei soli *patres*), il *paterfamilias* dichiarava la sua volontà, che le curie sanzionavano (GAJO, II, 101). Il testamento si faceva come una legge: era una legge; infatti si diceva *condere testamentum*, e *condere legem*: e *legare* significava testare, oltre che *legem dicere* e *legem condere*, come apparisce dalle celebri parole della legge decemvirale: *uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. Il testamento era dunque una legge particolare, con la quale si derogava alla legge comune; altrove fu spiegato il bisogno di questa legge speciale (vedi vol. I, lib. I, § 45; lib. II, § 13).

b) In procinctu.

Al cittadino chiamato a combattere nelle file dell' esercito lungi da Roma, era impossibile testare *calatis comitiis*, ed il bisogno di fare un testamento in lui, che ogni giorno si esponeva alla morte, si faceva sentire più stringente. Per satisfare a siffatto bisogno fu riconosciuto, che pel milite romano l'esercito schierato in ordinanza, armato, e parato a combattere (*in procinctu*) equivalesse ai comizi convocati; nè era questa una finzione, imperocchè in realtà l'esercito fosse reclutato per curie e centurie (GAJO, II, 101). Questo testamento fatto dinanzi all'esercito in procinto di combattere (*in procinctu*), fu detto per corruzione di vocabolo *procinctum* (*Instit. pr., h. t.,* II, 10).

§ 603. Il testamento *calatis comitiis* aveva il grave inconveniente di non essere fattibile, se non che due volte all'anno, ed il testamento *in procinctu*, era proprio dei soli militari; laonde ambedue queste forme non sopperivano al bisogno; si ricorse allora alla forma della *mancipatio*, e fu introdotto un testamento

c) Per æs et libram.

Il testatore riuniva 5 cittadini romani, puberi, un libripende e la persona che voleva istituire erede (ULP., XX, 2). A quest' ultima mancipava il suo patrimonio (*familia*), ed essa ne pagava un prezzo fittizio, toccando al solito con verga di metallo la bilancia. Gajo riferisce la formula sacramentale, che si proferiva in questa circostanza dall' *emptor familiæ*. « Familiam

» pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque
» meam (*recipio eaque*) quo tu jure testamentum facere possis
» secundum legem publicam, hoc ære, *et ut quidam adjiciunt*,
» æneaque libra esto mihi empta (Gajo, II, 104). » Questo compratore (*emptor familiæ*) otteneva il luogo di un erede (*heredis locum obtinebat*); e come ad un erede il testatore commettevagli le sue ultime volontà (*et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*). Per cotale *mancipatio*, si trasferiva nell'*emptor familiæ* il dominio ma non il possesso della *familia*; il possesso il testatore lo riteneva, e se lo assicurava con una clausola di *fiducia*, che si inseriva nelle formule della *mancipatio*. Il testamento per *æs et libram*, probabilmente fu in origine impiegato in sussidio, cioè pei casi urgenti nei quali non poteva aspettarsi la convocazione dei comizi, poi fu assolutamente surrogato a quello *calatis comitiis*, che andò in dissuetudine. Ignorasi come prima dell'introduzione di questa forma di testare per *æs et libram*, i plebei facessero i loro testamenti, perocchè non avendo accesso ai comizi *curiati*, *calatis comitiis* non dovevano poter testare; probabilmente avranno testato nei comizi *tributi* se pagani, e se militari *in procinctu*.

§ 604. Nel testamento per *æs et libram* occorrevano il grave difetto dell'irrevocabilità di tutte le disposizioni ordinate col medesimo, ed il pericolo che l'erede conosciuto affrettasse col delitto la morte del testatore (vedi Teofilo, *Instit. paraf. h. t.*). A ripararvi, la *mancipatio* fu ridotta ad una formalità, ad un simbolo; si seguitò egli è vero ad eseguirla, ma ad essa si aggiunse un altro elemento, la nuncupazione del testamento (*testamenti nuncupatio*), che divenne la parte in realtà importante di tutto l'atto. Il testatore, adunque, dopo la *mancipatio* tenendo fra le mani delle tavole testamentarie, dichiarava che in quelle stavano scritte le sue ultime volontà, le leggeva, ed invocava la testimonianza delle persone, che aveva convocato per assistere alla *mancipatio*: *hæc ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt; ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote* (Gajo, II, § 104; Ulp., XX, 9). *Nuncupatio* fu detta questa seconda parte della cerimonia solenne, poichè *nuncupare* significa parlare.

§ 605. In un'epoca incerta, che Schrader pensa essere stata verso il finire della Repubblica, fu ammessa la possibilità di te-

stare *verbalmente* soltanto: fu omessa la *mancipatio;* il *libripens* e *l'emptor familiæ* non avendo funzioni speciali da esercitare, furono considerati come testimoni: per conseguenza la sola *nuncupatio* alla presenza di 7 testimoni bastò al testamento: fu sufficiente forma di testare (*Instit.*, § 14, *h. t.,* II, 10; *cost.* 2, *Cod. de b. p. sec. tab.,* VI, 11). Così ebbe origine il *testamento nuncupativo.*

§ 606. Tutte le forme fin qui descritte erano proprie del diritto Civile, ed avevano per iscopo la istituzione di un vero e proprio *heres;* ma il Pretore accordò efficacia ad un' altra specie di testamento. Egli diede la *bonorum possessio secundum tabulas,* a chi, non esistendo *eredi legittimi* del testatore, era stato istituito erede in un testamento redatto alla presenza di *sette* testimoni, ed in calce al quale ognuno di essi avesse apposto il proprio sigillo (*signum*). Ogni testimone doveva apporre al lato al proprio sigillo, anche il proprio nome (*adscriptio*); senza il nome (*adscriptio*), il solo sigillo (*signum*) non valeva. Un rescritto di Antonino ordinò, che anche esistendo *eredi legittimi,* l' erede istituito in questo testamento, se aveva chiesto la *bonorum possessio,* potesse difendersi con l' *eccezione del dolo* contro costoro che rivendicavano l' eredità *ab intestato.* (*Instit.,* § 2, *h. t.,* II, 10; Gajo, II, 119 e seg. 147; Ulp., XXVIII, 6; XXIII, 6; fr. 22, § 4; fr. 30, *Dig. h. t.,* XXVIII, 1).

§ 607. Nel *testamento Pretorio* era invalso l' uso sanzionato da costituzioni imperiali, di fare apporre ai testimoni sull'esterno del testamento, oltre la firma (*adscriptio*) a lato al sigillo, ancora la loro sottoscrizione nell' interno del medesimo (*cost.* 3, *Cod. Theod. de testam.,* IV, 4). Tal costume esponeva il testatore al pericolo che i testimoni nel sottoscriversi al testamento ne prendessero cognizione. Per ovviare a siffatto pericolo Teodosio II, con una sua Novella, permise al testatore che voleva tener segreto il suo testamento, di presentarlo chiuso ai testimoni, purchè loro dichiarasse che l'involto conteneva il suo testamento, lo chiudesse e apponesse la sua firma sull' involto, ed i testimoni pure esteriormente lo firmassero e sigillassero. Fu questo il testamento poi chiamato *mistico* o *segreto* (*Novell. Theod.,* tit. 16, lib. I, *de testam.*). Teodosio II, con tale sua costituzione aveva inteso di disporre relativamente al *testamento Pretorio,* perchè era questo il testamento generalmente usato in Oriente; ove ignorandosi da

molti la lingua latina, non si soleva testare con la *mancipatio*, la quale richiedeva l'uso di formule latine nella *nuncupatio*, che l'accompagnava. Giustiniano avendo inserito la ricordata costituzione di Teodosio nel suo Codice, la forma *pretoria* di testare, cioè il testamento scritto firmato e sigillato da 7 testimoni, divenne in Oriente la forma di testare normale e ordinaria (*cost.* 21, *Cod. de testam.*, VI, 23; *Instit.*, § 3, *de testam. ordin.*, I, 10). Ed è questa la forma di testare che si descrive nelle Istituzioni imperiali, e che i commentatori chiamarono tripartito (*tripartitum*), perchè i compilatori delle Istituzioni stesse asserirono che le sue formalità derivavano da tre fonti diverse del giure. Infatti la presenza dei testimoni e l'unità di contesto erano formalità derivanti dall' antico diritto civile, giacchè nei testamenti *calatis comitiis* si chiamavano le curie ad attestare l'ultima volontà del cittadino, e si richiedeva che non si divergesse ad altri estranei; ed anche nei testamenti *per æs et libram* i testimoni erano necessari. L'apposizione dei sigilli ed il numero di 7 testimoni, erano formalità richieste nel testamento dal Pretore. La sottoscrizione del testatore e la sottoscrizione interna dei testimoni erano imposte dalle costituzioni imperiali. In Oriente dunque si usava questo testamento scritto, *tripartito*, che in sostanza era il testamento *pretorio* un poco modificato; si usava per altro ancora il testamento *nuncupativo* alla presenza di 7 testimoni. In Occidente era, egli è vero, stata promulgata la costituzione di Teodosio II poc'anzi ricordata sulle forme del testamento, ma comunemente si preferiva testare mediante la *mancipatio*. Ora siccome per tal forma di testamento bastavano 5 testimoni, così si ritenne che questo numero bastasse anche quando si fosse testato con le forme indicate da Teodosio II; per cui in Occidente si testò indifferentemente alla presenza di 5 o di 7 testimoni (vedi SAVIGNY, nella sua Dissertazione che ha per titolo: *Elementi per la istoria dei testamenti*).

§ 608. Valentiniano III, in Occidente stabilì, che nel testamento *holographum*, scritto cioè tutto di propria mano dal testatore, non fossero necessari i testimoni (*Nov. Valent. III*, lib. II, tit. 20, nº 2, § 1), ma in Oriente non fu ammesso quest' ordinamento, e la Novella di Valentiniano non fece parte delle collezioni giustinianee (vedi CUJACIO, tomo I, col. 794, lett. *d*).

§ 609. La combinazione dei principii del diritto Civile, Pre-

torio, ed Imperiale, diede origine ad altre forme di testare, che andiamo ad esporre, e che sono le sole in uso nell'ultimo stadio del diritto Romano. Queste si riconnettono con le anteriori, e perfino con le più antiche; ed in vero alcune riposano sull'autorità del capo dello Stato o dei suoi magistrati, altre sulla fede della quale sono meritevoli i testimoni. In gius Nuovo dunque i testamenti si distinguono: 1° in pubblici (*testamenta publica*), e 2° in privati (*testamenta privata*).[1]

[1] Il Codice distingue i testamenti, considerati per riguardo alla forma, in due grandi categorie:
1° *Testamenti ordinari* o in *forma ordinaria*.
2° *Testamenti straordinari* o in forma *speciale*.

§ 1. Dei *Testamenti ordinari*.

La legge riconosce due forme *ordinarie* di testamento:
a) il testamento *olografo*, (*b*) il testamento *per atto* di *notaio* (art. 774).
a) *Il testamento olografo* deve essere *sotto pena di nullità* (art. 804) *scritto per intiero*, *datato*, e *sottoscritto* di *mano* del *testatore* (art. 775).

La *data* del testamento deve indicare il *giorno*, il *mese* e l'*anno* (art. 775 capoverso 1°).

La *sottoscrizione* deve essere posta *alla fine delle disposizioni* (art. 775, capoverso 2°).

Il testatore è libero di tenere il testamento olografo presso di sè, oppure può, se vuole, depositarlo presso un notaio o presso un cancelliere dell'autorità giudiziaria. Il Codice abbandona alla preveggenza del testatore l'adoperare o no questa garanzia del deposito. Ha voluto il legislatore nostro, francando il testatore da ogni obbligo di depositare il testamento olografo, assicurargli il mezzo di conservare il più scrupoloso segreto intorno al medesimo; sottrarre il testatore per conseguenza ad ogni estranea influenza, e porgergli agevole il modo di mutare volontà; senza per altro avvertire, al pericolo che il testamento è così esposto alle velleità del testatore ed al più grave pericolo di soppressione dolosa per parte degli eredi legittimi; alle facilitazioni offerte alla falsificazione dei testamenti, ed alla frequenza delle liti che il sospetto di falsità deve far sorgere.

Dopo la morte del testatore il testamento olografo, sull'istanza di chiunque creda avervi interesse, deve essere depositato presso un notaio del luogo in cui si è aperta la successione, alla presenza del pretore di mandamento e di due testimoni (art. 912).

La carta in cui si contiene il testamento deve essere vidimata in calce di ciascun mezzo foglio dai due testimoni, dal pretore e dal notaio (art. 912, capoverso 1°).

Si deve stendere nella forma degli atti pubblici processo verbale del deposito, nel quale il notaio descriverà lo stato del testamento, trascrivendone esattamente il tenore, e farà pure menzione dell'apertura del testamento, se fu presentato sigillato, e della vidimazione fattane da lui, dal pretore, e dai testimoni (art. 912, capoverso 2°).

Il processo verbale deve essere sottoscritto dal richiedente, dai testimoni, dal pretore e dal notaio, ed al medesimo deve essere unita la carta che contiene il testamento, l'estratto dell'atto di morte del testatore, oppure, trattandosi di persona dichiarata assente per sentenza da più di sei mesi, l'ordine di apertura dell'ultima volontà dell'assente in conformità dell'articolo 26 (art. 912, capoverso 3°).

Nel caso che il testamento olografo fosse stato dal testatore depositato

1° *Testamenti pubblici.*

§ 610. Il testamento pubblico, può essere fatto in due modi:

presso un notaio le formalità ora descritte stabilite dall'articolo 912 saranno eseguite presso il notaio depositario (art. 913).

Adempite tutte queste formalità (stabilite dagli articoli 912 e 913), il testamento olografo avrà la sua esecuzione, salvi i provvedimenti conservativi che l'autorità giudiziaria, davanti la quale fosse impugnato il testamento, o il pretore nell' atto del deposito, in via di urgenza credesse di dare a cautela degli interessati (art. 914).

b) Il ***Testamento per atto di notaio***, è ***pubblico*** o ***segreto*** (art. 776).

1° Il ***testamento pubblico*** è ricevuto da ***un notaio*** in presenza di ***quattro testimoni***, o da ***due notai*** in presenza di ***due testimoni*** (art. 777) ***sotto pena di nullità*** (art. 804).

Il testatore deve dichiarare al notaio in presenza dei testimoni la sua volontà, la quale deve essere ridotta in iscritto per cura del notaio. Il notaio deve dare lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni, e nel testamento deve esser fatta espressa menzione dell' osservanza di tali formalità (art. 778); il tutto ***sotto pena di nullità*** (art. 804).

Il testamento deve essere sottoscritto dal testatore; se egli non sa o non può sottoscrivere deve dichiarare la causa che glielo impedisce, e il notaio deve far menzione di questa dichiarazione (art. 779), ***sotto pena di nullità*** (art. 804).

Il testamento, sempre sotto pena di nullità (art. 804) deve essere pure sottoscritto dai testimoni e dal notaio (art. 780).

Se il testamento è ricevuto da due notai, la dichiarazione di volontà deve essere fatta dal testatore ad ambidue, e deve essere ridotta in iscritto per cura di uno dei medesimi. Deve essere sottoscritto dai testimoni e dai due notai, e debbono osservarsi tutte le disposizioni (contenute negli articoli 778, 779, 780) che abbiamo descritte pel caso in cui il testamento sia ricevuto da un solo notaio (art. 781). ***Il tutto sotto pena di nullità*** (art. 804).

2° Il ***testamento segreto*** (o, come lo chiamano pure, ***mistico***) può essere scritto dal testatore o da un terzo. Se è scritto dal testatore, deve anche essere sottoscritto da lui alla fine delle disposizioni. Se è scritto in tutto o in parte da altri, deve inoltre essere sottoscritto dal testatore in ciascun mezzo foglio (art. 782). ***Il tutto sotto pena di nullità*** (art. 804).

La carta in cui sono stese le disposizioni, o quella che serve di involto, deve essere sigillata con impronta qualunque in guisa che il testamento non si possa aprire nè estrarre senza rottura o alterazione. Il testatore in presenza di ***quattro testimoni***, la deve consegnare al notaio così sigillata, o deve farla sigillare nel modo sopra espresso in presenza del notaio e dei testimoni, e deve dichiarare che in quella carta si contiene il suo testamento. Sulla carta in cui è scritto o involto il testamento, per cura del notaio si deve scrivere l'atto di ricevimento, nel quale si indicheranno: il fatto della consegna e la dichiarazione del testatore; il numero e l'impronta dei sigilli; l' assistenza dei testimoni a tutte le formalità sopraccennate. L' atto deve essere sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio. Ove il testatore non potesse per qualche impedimento sottoscrivere l' atto della consegna, egli deve dichiarare la causa che glielo impedisce, e il notaio deve fare menzione di questa dichiarazione a norma dell' articolo 779. Tutto ciò deve essere fatto di seguito e senza passare ad altri atti (art. 783). ***Il tutto sotto pena di nullità*** (art. 804).

Il testatore ***che sa*** leggere, ma ***non sa scrivere***, o che non ha potuto porre la propria sottoscrizione quando fece scrivere le sue disposizioni, deve altresì dichiarare di averle lette, ed aggiungere la causa che gli ha impedito di sot-

a) Rimettendolo al principe, accompagnandolo con supplica che lo custodisca, *testamentum principi oblatum* (*cost.* 19, *Cod. de testam.*, VI, 23).

toscriverle; di che si farà menzione nell' atto della consegna (art. 784). E ciò *sotto pena di nullità* (art. 804).

Non possono far testamento *segreto* coloro che non *sanno o non possono leggere* (art. 785).

Il *sordo-muto*, ed il *muto* possono testare o per testamento olografo o per testamento segreto ricevuto da notaio. Facendo testamento segreto, debbono in fronte dell' atto della consegna, scrivere in presenza dei testimoni e del notaio, che la carta presentata contiene il loro testamento; e se questo è stato scritto da un terzo, devono aggiungere di averlo letto. Il notaio nell' atto della consegna deve esprimere che il testatore ha scritto le indicate parole alla presenza di lui e dei testimoni. Nel resto si osserveranno tutte le altre regole stabilite quanto al testamento segreto in generale, contenute nell' articolo 783 (art. 786). Tutto questo sotto pena di nullità (art. 804).

Chi è *privo intieramente dell' udito*, volendo far testamento *pubblico*, oltre l' osservanza delle altre formalità richieste, deve sotto pena di nullità (art. 804) leggere egli stesso l' atto testamentario; di che sarà fatta menzione nell' atto medesimo. Ove il testatore sia incapace anche di leggere, debbono intervenire *cinque testimoni*; ma se il testamento è ricevuto da *due notai*, bastano *tre testimoni* (art. 787).

I *testimoni* nei testamenti devono essere *maschi*, maggiori *di anni ventuno*, *cittadini del regno*, o stranieri *in esso* residenti, e non aver perduto per condanna il godimento o l' esercizio dei diritti civili. Non sono testimoni idonei i praticanti e gli amanuensi del notaio che ha ricevuto il testamento (art. 788). I prodighi, e i congiunti del testatore o del notaio non sono esclusi dalla lettera del Codice. Non lo sono neppure i sordi-muti, i ciechi, i pazzi; ma esclusi ci sembrano questi, se non dalla lettera almeno dallo spirito della legge.

Il testamento ricevuto in forma segreta, morto il testatore, sull' istanza di chiunque crede avervi interesse, sarà dal notaio aperto e pubblicato in presenza del pretore del mandamento di sua residenza, e di due almeno dei testimoni intervenuti all' atto di consegna. Qualora questi non si trovassero, saranno chiamati due altri testimoni per riconoscere lo stato della scheda testamentaria, e se è possibile, le sottoscrizioni. La carta che contiene il testamento, sarà vidimata in calce di ciascun mezzo foglio dai due testimoni, dal pretore e dal notaio, che la conserverà insieme con l' atto di consegna. Dell' apertura e della pubblicazione si stenderà processo verbale nella forma degli atti pubblici, nel quale il notaio descriverà lo stato del testamento, e farà menzione della vidimazione fattane da lui, dal pretore e dai testimoni. Il processo verbale sarà sottoscritto dal richiedente, dai testimoni, dal pretore e dal notaio, e sarà al medesimo unito l' estratto, o il provvedimento accennato nell' ultimo capoverso dell' articolo 912 (art. 915).

Dalle quali cose si raccoglie che pel Codice nostro non si conoscono, (mentre nel diritto Romano si conoscevano) nè testamenti *giudiciari*, *nè rimessi al principe*; e che i testamenti *nuncupativi* sono parimente ignoti alla nostra legislazione; infatti sebbene *nel testamento pubblico* il testatore debba *dichiarare* al *notaio la sua volontà*, verbalmente, in presenza di testimoni, ciò non pertanto anche in questo testamento è necessaria la scrittura del notaio che deve redigerlo in iscritto, e la sottoscrizione del notaio, dei testimoni, e del testatore, se sa o può scrivere. Senza la redazione in iscritto questo testamento non varrebbe, come non varrebbe senza le accennate sottoscrizioni, laonde è un testamento *scritto*, e non già un testamento *nuncupativo redatto in iscritto*, con lo scopo di avere un più fedele e più sicuro mezzo di prova.

L' articolo 804 stabilisce il principio importantissimo: che se un testamento *segreto*, ricevuto da notaio o da altro pubblico uffiziale autorizzato a riceverlo, *non potesse valere come tale, possa valere* come testamento *olografo*, qualora ne abbia i requisiti.

b) Facendolo oralmente dinanzi al magistrato od alla curia Civica. Se ne redigeva un protocollo, depositato negli archivi. Questo testamento era detto *apud acta conditum*, e comunemente si chiamò *giudiciario*. Era una derivazione del testamento *nuncupativo* (*cost.* 8, 19, *cod. de testam.* Vedi Savigny, *Storia del Diritto Romano* nel Medio Evo, cap. 2, n° 27 e seg.).

2° *Testamenti privati.*

§ 611. I testamenti privati, i quali possono essere fatti tanto oralmente (*per nuncupationem*), quanto per iscritto (*per scripturam*), esigono parecchie formalità, diverse per altro secondo che si tratta o di testamenti che hanno forma ordinaria, o di testamenti aventi forma straordinaria o privilegiata.

A) *Forma ordinaria.*

§ 612. In questa forma i testamenti possono essere: 1° *Nuncupativi*. 2° *Scritti*. Ma sieno in un modo o nell' altro, esigono sempre il concorso delle seguenti condizioni:

I.) La presenza di sette testimoni (*cost.* 21, *Cod. eod. de testam.*, VI, 25; *Instit.*, § 3, *h. t.*, II, 10; fr. 27, *Dig. eod.*, XXVIII 1), i quali debbono essere stati ricercati all' uopo (*specialiter rogati*), oppure se si trovano casualmente riuniti presso il testatore, debbono essere stati avvertiti, che hanno da servire quali testimoni al testamento (fr. 21, § 2, *Dig. qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1); inoltre debbono essere intervenuti liberamente (fr. 20, § 10, *Dig. eod.*), e debbono vedere il testatore, affinchè possano essere certi, che la voce da essi udita è la sua (*cost.* 9, *Cod. de testam.*, VI, 23). In tali testimoni si richiede capacità ad esercitare quel-l' ufficio nel momento in cui il testamento viene fatto (fr. 22, § 1, *Dig. qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1; *cost.* 1, *Cod. de testam.*, VI, 23; *Instit.*, § 7, *h. t.*, II, 10). Sono inidonei a fare da testimoni: *assolutamente*.

1° Le persone prive di volontà razionale, come gli infanti, i furiosi, giacchè non potendo intendere, non possono poi attestare (*Instit.*, § 6, *h. t.*, II, 10; fr. 20, § 4, *Dig. qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1).

2° Gli impuberi, perchè non hanno facoltà di intervenire

negli atti pubblici e solenni (*Instit., loc. cit.*; fr. 19, *Dig. h. t.*, XXVIII, 1).

3° Le donne, perchè un tempo non potevano intervenire nei comizi (fr. 20, *Dig. eod.*).

4° I sordi, i muti, perchè non potevano udire le formule, che in antico si richiedevano al testamento, nè riferirle (ULP., XX, 7; *Dig. eod.*; *Instit.*, § 6, *eod.*).

5° Il prodigo, perchè non avendo il *commercium*, non poteva per conseguenza concorrere alla *mancipatio*, una volta necessaria al testamento (fr. 18, *Dig. eod.*).

6° Il servo ed il peregrino, perchè privi, il primo della libertà, e quindi della cittadinanza, il secondo di quest'ultima. Tuttavolta secondo i rescritti di Adriano e di Settimio Severo, il testamento rimane valido, sebbene si riconoscesse che uno dei testimoni convocati, da tutti creduto libero, era servo (*Instit.*, § 7, *h. t.*; *cost.* 1, *Cod. eod.*).

7° I *lege intestabiles*, perchè la legge li riconosceva indegni di fede, e non voleva che figurassero in modo alcuno in un testamento (fr. 26, *Dig. h. t. Instit.*, § 6, *De testam. ordin.*, II, 10).

8° I ciechi, non potendo vedere il testatore (*cost.* 9, *Cod. de testam.*, VI, 23). Oltre queste persone incapaci assolutamente a fare da testimoni, ve ne sono altre relativamente incapaci. La regola generale in proposito si è, che il testamento intervenendo fra il testatore e l'erede (*inter testatorem et heredem agi*), nè essi, nè alcun membro della loro *famiglia civile*, può fare da testimone (*Instit.*, § 8, 10, *h. t.*; fr. 20, § 1, 3, *Dig. eod.*; *cost.* 22, *Cod. de testam.*, VI, 23). Non importa poi che due testimoni sieno della stessa *famiglia civile*, p. e. che sieno fratelli, o padre e figlio, purchè non sieno della *famiglia civile* del testatore o dell'erede, vale a dire non sieno congiunti ad essi per patria potestà (fr. 22, *Dig. eod.*). Incapaci di far da testimoni, non sono quelli che ricevono nel testamento un legato (*Instit.*, § 11, *h. t.*; *cost.* 16, § 1; *cost.* 22, *Cod. de testam.*, VI, 23).

II) Seconda condizione alla validità di un testamento privato di forma ordinaria, sia questo nuncupativo o scritto, è l'*unità di contesto*. Con queste parole si vuole significare, che tutti i testimoni debbono essere presenti contemporaneamente a tutto l'atto, e che questo deve essere cominciato e compiuto senza divergenza ad atti estranei (fr. 20, § 8; fr. 21, § 3, *Dig. h. t.*, XXVIII, 1;

cost. 21 e 28, *Cod. eod.*, VI, 23). Un' interruzione necessaria, come per prendere un farmaco, o del cibo indispensabile, non distruggerebbe l'unità del contesto (*cost.* 28 *pr., Cod. eod.*, VI, 23).

§ 613. Sono poi speciali requisiti del

Testamento scritto.

1° *La scrittura.* Il testatore può scrivere il testamento tutto di proprio pugno, ed allora questo dicesi olografo (*testamentum holographum*); può farlo ancora scrivere da un altro e dicesi allografo (*testamentum allographum*). Se lo scrive tutto di proprio pugno, non è necessario che lo firmi, purchè nel corpo del testamento abbia dichiarato che lo scrisse tutto da sè (*cost.* 28, § 1, *Cod. h. t.*, VI, 23). Ma ove ometta questa dichiarazione, come pure ove lo faccia scrivere da un altro, è necessario che il testatore lo firmi in presenza dei testimoni, dichiarando che ciò che firma è il suo testamento (*cost.* 21 *pr.*, *Cod. eod.*, VI, 23). Qualora non sappia, o per un impedimento qualunque, non possa scrivere, la presenza di un ottavo testimone sottoscrittore (*octavus subscriptor*) è indispensabile. Questi firma il testamento a nome del testatore, dichiarando in iscritto di firmarlo per esso lui, dietro suo comando (*cost.* 28 *pr.*, *Cod. h. t.*, VI, 23). Giustiniano aveva ordinato, che il nome dell'erede dovesse essere scritto dalla mano stessa del testatore, o di uno dei testimoni (*Instit.*, § 4, *h. t.*, II, 10, *cost.* 29, *Cod. de testam.*, VI, 29); ma poi abolì egli medesimo tale prescrizione (*Nov.* 119, cap. 9) per diminuire le cause di nullità nei testamenti.

§ 2° *La dichiarazione del testatore* che quello che presenta è il suo testamento. La qual dichiarazione deve essere scritta sul testamento dal testatore o dall'ottavo testimone, se il testamento è *allografo* (*cost.* 21 *pr.*, *Cod. h. t.*); ciò non importa se è *olografo.*

3° *La sottoscrizione autografa* dei testimoni, è pure necessaria, e deve contenere ancora la menzione del nome della persona il cui testamento sottoscrivono (*cost.* 21, § 3, *Cod. h. t.*,).

4° *Il sigillamento.* Ogni testimone deve apporre un sigillo, ma lice a ciascheduno sigillare col proprio sigillo, o con l'altrui, o con quello del testatore (*Instit.*, § 5, *h. t.*; fr. 22, § 2, *Dig. eod.*). Nè importa che sia un vero e proprio sigillo, quello che adope-

rano: basta che sia un qualche istrumento sul quale sia impresso uno stemma, o qualche altro segno riconoscibile (fr. 22, § 5, *Dig. h. t. Instit.*, § 5, *eod.*).

§ 614. Questo testamento può, l'abbiamo veduto, subire una piccola modificazione. Il testatore cioè, che vuole tenere segreto il suo testamento, può presentarlo chiuso ai testimoni, ma deve dichiarare alla loro presenza, che il testamento contenuto nell'involto che loro presenta è il suo, e dichiarare se è scritto da lui o da altra persona, chiuderlo ed apporre la propria firma sull'involto. Se non sa o non può scrivere, un ottavo testimone firma per lui dichiarando di firmare pel testatore, e per qual ragione firma per lui. Poi i testimoni appongono la loro firma sotto quella del testatore, ed il loro sigillo sull'involto (*cost.* 21, *Cod. h. t.*, VI, 23). Il testamento in tal caso dicesi comunemente *solenne*, ma meglio chiamerebbesi *mistico*.

§ 615. In gius Antico il testamento civile doveva essere fatto in lingua latina, perchè quella propria del cittadino romano, ma in seguito per opera del pretore qualunque lingua fu ammessa, tanto che in gius Nuovo è indifferente che i testimoni di un testamento scritto conoscano o no la lingua in cui è scritto (fr. 20, § 9, *Dig. h. t.*), basta che sappiano in genere, essere un testamento quello che sottoscrivono e sigillano, comunque ne ignorino le singole disposizioni (*cost.* 15 e 21 *pr., Cod. eod.*). Ma il testamento scritto in cifre, o con abbreviature non varrebbe (fr. 6, § 2, *Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1). In gius Nuovo non conclude la materia sulla quale è scritto, sia questa pergamena, carta, tavolette (*Instit.*, § 12, *h. t.*; fr. 1, *Dig. de bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11), mentre in antico le tavole incerate erano indispensabili: onde il nome anche oggi adoperato di tavole testamentarie per indicare il testamento. Ad evitare la confusione dei caratteri, era inibito scrivere il testamento sopra una pergamena già scritta, ma poi lavata e raschiata, o sopra una carta trasparente (fr. 4, *Dig. de bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11).

§ 616. Speciali requisiti del testamento nuncupativo sono:

1° La *nuncupatio*. Il testatore deve fare a voce chiara ed intelligibile il suo testamento (fr. 21, *Dig. h. t.*). Il testatore può per altro fare una istituzione in erede della persona che è in sua presenza additandola, e dichiarando volerla istituire (fr. 58, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5.).

2° I sette testimoni convocati debbono, non soltanto vedere il testatore, ma ancora *udirlo*, ed *intendere* la lingua che parla *Instit.*, § 14, *h. t.*; fr. 21 *pr.*; fr. 25, *Dig. eod.*, *cost.* 21, § 2, *Cod. eod.*) Perciò in questo testamento nuncupativo non può essere testimone chi ignora la lingua parlata dal testatore, o chi è sordo.

§ 617. Il testamento nuncupativo può essere da un *tabulario* redatto in iscritto, sia subito, sia dopo, con lo scopo di procurare con la scrittura un mezzo probatorio. Allora il testamento chiamasi *nuncupativum in scripturam redactum*, ma non perde perciò il carattere nuncupativo. In mancanza di questa scrittura, l'esistenza ed il contenuto del testamento possono essere provati mediante testimoni. (MÜHLEMBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, § 661).

§ 618. A prevenire le frodi, che potevano essere commesse dalla persona, cui il testatore commetteva di scrivere il suo testamento, il *senatusconsulto Liboniano* dichiarò la nullità di qualunque disposizione, per la quale chi scriveva il testamento avesse dovuto conseguire un'utilità diretta o indiretta (fr. 11; fr. 15, § 1; fr. 22, § 2, *Dig. de lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano*, XLVIII, 10). In seguito fu dichiarato punibile criminalmente, chi scrivendo un testamento per un altro, vi avesse scritto a proprio favore un legato od un'altra liberalità qualunque, (fr. 1, *Dig. de his quæ pro non scriptis*, XXXIV, 8; *cost.* 3 e 5, *Cod. de his qui sibi adscribunt in testamento*, IX, 23) ammenochè lo scrivente fosse l'unico erede del testatore, o il testatore confermasse tal disposizione: la quale per un estraneo abbisogna di conferma speciale (*cost.* 1, 2, *Cod. eod.*; fr. 1, § 8, *Dig. de lege Corn.*, XLVIII, 10).[1]

B) *Forma straordinaria.*

§ 619. In forma straordinaria sono fatti que' testamenti che esigono un *maggiore* od un *minore* numero di formalità dei testamenti redatti in forma ordinaria. *Maggior* numero di formalità esige il testamento del cieco e del sordo-muto. *Minore* numero, il *testamentum militis*, il *testamentum ruri conditum*, il *testamen-*

[1] Per l'articolo 772 del Codice sono prive di effetto le istituzioni ed i legati a favore della persona che ha scritto il testamento *segreto*, salvo che la disposizione sia approvata di mano dello stesso testatore o nell'atto della consegna.

tum tempore pestis conditum, e il *testamentum parentum inter liberos.* [1]

[1] Il Codice ammette tre specie di testamenti straordinari, o in forma speciale, e sono:

a) il testamento fatto nei luoghi in cui domini la peste o altra malattia reputata contagiosa (art. 789 e 790).

b) il testamento fatto in mare durante un viaggio (art. 791 a 798).

c) il testamento militare (art. 799 a 803).

a) il testamento fatto nei luoghi in cui domini la peste od altra malattia reputata contagiosa, è valido:

1° sebbene in vece che dal notaio, sia ricevuto dal giudice o da chi ne fa le veci, o dal ministro del culto.

2° bastano *due soli testimoni;* possono in questo testamento essere testimoni anche le *donne;* e basta che i testimoni abbiano superato i *sedici anni.*

3° basta che sia *sottoscritto da chi lo riceve*, se le circostanze non permettono che lo sottoscrivano il testatore ed i testimoni, purchè si faccia menzione della causa per cui il testatore ed i testimoni non lo sottoscrissero (art. 789).

Questi testamenti divengono nulli *sei mesi dopo* che ha cessato di dominare la malattia nel luogo dove trovasi il testatore, ovvero *sei mesi dopo* che questi siasi trasferito in luogo immune da malattia.

Ove il testatore muoia nell'intervallo, il testamento deve essere depositato tostochè sia possibile, nell'uffizio del registro del luogo, ove è stato ricevuto (art. 790).

b) il testamento fatto durante un viaggio di mare da chiunque si trovi a bordo dei vascelli o d'altri bastimenti della marina militare o mercantile, gode dei seguenti privilegi; ed è valido se il testatore muore *sul mare* o *entro tre mesi* dopo che sarà disceso in un luogo, in cui avrebbe potuto fare un testamento nelle forme ordinarie (art. 791 e 798).

1° Può essere ricevuto:

a) a bordo dei vascelli e altri bastimenti della marina militare, dall'uffiziale comandante il bastimento, ed insieme dal commissario di marina, e in loro mancanza, da quelli che ne fanno le veci

b) a bordo dei bastimenti di commercio, dal *secondo* ed insieme dal *capitano* o *patrone*, e in loro mancanza da chi ne fa le veci (art. 791).

2° Trattandosi di testamenti che vogliònsi fare da una delle persone ora indicate come destinate a ricevere i testamenti degli altri, possono essere ricevuti da quelli che loro succedono in ordine di servizio (art. 792).

3° Bastano due testimoni, ma debbono essere maschi e maggiori di età. Queste persone sono per altro necessarie *sotto pena di nullità* (art. 804).

Sotto *pena di nullità* deve farsi sempre un doppio originale di questi testamenti (art. 793 e 804).

E parimente sotto *pena di nullità*, il testamento fatto a bordo di bastimenti della marina militare e di commercio, deve essere sottoscritto dal testatore, dalle persone che l'hanno ricevuto e dai testimoni. Se il testatore o i testimoni non sanno o non possono sottoscrivere, si deve indicare il motivo che ha impedito la sottoscrizione (art. 794 e 804).

Se il bastimento approda ad un porto estero, in cui si trovi un regio agente diplomatico o consolare, coloro che hanno ricevuto il testamento, sono tenuti a consegnargli uno degli originali, ed una copia dell'annotazione fatta sul giornale di bordo, e sul ruolo d'equipaggio. Al ritorno del bastimento nel regno, sia nel porto del disarmo, sia in qualunque altro, i due originali del testamento o quello che resta, nel caso che l'altro fosse stato depositato durante il viaggio, saranno consegnati all'autorità marittima locale insieme alla copia dell'annotazione anzidetta. Di tale consegna si rilascerà dichiarazione, della quale si farà cenno in margine all'annotazione scritta sul giornale e ruolo suddetti (art. 796).

Gli agenti diplomatici o consolari e le autorità marittime locali, devono fare stendere un processo verbale del testamento, e trasmettere ogni cosa al ministero della marina, il quale ordinerà il deposito di uno degli originali nel suo

Testamento del cieco e del sordo-muto.

§ 620. *a*) Se il cieco vuol fare un testamento nuncupativo, un tabulario redige sotto sua dettatura le sue disposizioni di ultima volontà, in presenza di sette testimoni, le legge al testatore, poi insieme coi testimoni, firma e sigilla. Ma se il testatore fece scrivere il suo testamento, il tabulario lo legge ad alta voce in presenza dei testimoni, lo firma e lo sigilla insieme coi testimoni (*cost.* 8, *Cod. qui test. fac. poss., VI,* 22; PAOLO, III, L, 4; *Nov. Leon.,* 69.[1] In mancanza di tabulario un ottavo testimone lo supplisce.

b) Il sordo-muto, che tale non è *a nativitate*, può testare in iscritto, ma il testamento deve essere scritto tutto di suo pugno (*cost.* 10, *Cod. qui testam. fac. poss.*, VI, 2). I solamente sordi possono testare per iscritto ed a voce, i solamente muti per iscritto (*cit. cost.* 10).

archivio, e trasmetterà l'altro all'uffizio del registro del luogo del domicilio o dell'ultima residenza del testatore (art. 797).

c) *Il testamento dei militari* e delle persone impiegate presso l'esercito, gode dei seguenti privilegi, quando sia fatto mentre costoro sono in militare spedizione per causa di guerra, od acquartierati o di presidio fuori del regno o in una piazza o fortezza circondata dal nemico, od in altri luoghi dove sieno interrotte le comunicazioni (art. 799 e 802);

1° Non ha bisogno del ministero del notaio, e può essere invece ricevuto (*a*) da un maggiore o da qualunque altro uffiziale di grado uguale o superiore, o da un intendente militare o commissario di guerra; (*b*) dal capitano o da altro uffiziale subalterno, che abbia il comando del corpo o distaccamento, se il testamento è fatto da militari appartenenti a corpi o posti staccati dall' esercito; (*c*) dall' uffiziale sanitario di servizio se il testatore è ammalato o ferito.

2° Bastano sempre due testimoni, purchè maschi e maggiori di età (art. 799 e 800.)

Queste formalità sono però richieste sotto pena di nullità (art. 804).

Come pure sotto pena di nullità, si richiede che il testamento sia ridotto in iscritto, e sottoscritto dal testatore e dalle persone che l'hanno ricevuto e dai testimoni, e se il testatore ovvero i testimoni non sanno o non possono sottoscrivere, si deve indicare il motivo che ha impedito la sottoscrizione (art. 799).

Questi testamenti militari debbono essere al più presto possibile trasmessi al quartiere generale, e da questo al ministero della guerra, che ne ordinerà il deposito nell'uffizio di registro del luogo del domicilio o della ultima residenza del testatore (art. 801).

Il testamento fatto in questa forma privilegiata militare, diviene *nullo tre mesi dopo* il ritorno del testatore in un luogo nel quale possa far testamento nelle forme ordinarie (art. 803).

[1] Questo *tabulario* era uno scrivano pubblico, non un notaro; essendochè i Romani non conoscessero un ufficiale rivestito di giurisdizione volontaria, avente fede pubblica, e capace di imprimere autenticità agli atti, come è il notaro presso di noi.

Testamentum militis.

(*Instit.*, lib. II, tit. 11, *de militari testamento; Dig.*, lib. XXIX, tit. 1, *de testamento militis; Cod.*, lib. VI, tit. 21, *de testamento militis.*)

§ 621. Giulio Cesare introdusse, Tito e Domiziano confermarono, Nerva e poi Traiano eressero in regola un modo di testare pe' militari, esente da qualunque formalità, il quale fece andare in disuso l'antico testamento *in procinctu* (fr. 1; fr. 24, *Dig. de testam. milit.*, XXIX, 1, *Instit. prin., quib. non est permis. fac. testam.*, II, 12). Non ha da considerarsi tal nuovo modo di testare come una derivazione di quello più antico, imperocchè questo sia un testamento straordinario o privilegiato, introdotto quando l'elemento militare acquistò supremazia nel governo: quello fosse un testamento ordinario. In gius Nuovo basta che il militare abbia dichiarato la sua volontà, perchè il testamento sia valido (fr. 24, *Dig. h. t.; Instit.*, § 1, *h. t.*) L'abbia pure scritta in un luogo qualunque col suo sangue, o vergata sull'arena, o l'abbia pria di morire espressa ai suoi commilitoni, quando quella dichiarazione di volontà può essere constatata, ha efficacia (Gajo, II, 109; Ulp. XXIII, 10; *Instit. pr., de test. mil.*, II, 11; fr. 15, § 1; fr. 34; fr. 35; fr. 40 *pr., Dig. eod. cost.* 15, *Cod. eod.*). Ma se il militare manifestò la sua ultima volontà ai propri commilitoni, è necessario escludere che quella sua dichiarazione fosse fatta per ischerzo, ed invece concludere che fu fatta seriamente e con animo deliberato (*Instit.*, § 1, *h. t.*, II, 11; fr. 24, *Dig. eod.*, XXIX, 1). In gius Nuovo il militare ha facoltà di fare il testamento privilegiato in discorso, soltanto quando è in *expeditione* (*cost.* 15 e 17, *Cod. h. t.*), comunque in antico si credesse, che l'avesse fin dal momento che era iscritto nei ruoli militari (fr. 42, *Dig. eod.*) Ragionevole è la novissima disposizione, perocchè sia soltanto l'imminenza del pericolo, che valga a dispensare i militi dall'osservanza delle ordinarie solennità testamentarie (fr. *un. pr.*, *Dig. de bon. poss. ex testam. milit.*, XXXVII, 13). Il privilegio di testare militarmente, compete finchè dura il pericolo, ancora a coloro che senza essere militari, corrono i rischi della guerra, come i presidi delle provincie, ed i loro legati

che si trovassero negli accampamenti (fr. 44, *Dig. h. t.,* fr. *un. Dig. de bon. poss. ex test. milit.,* XXXVII, 13), e per uguaglianza di ragione ai chirurghi, ai giudici, ai vivandieri, e simili. Militari essendo i marinari, i rematori, i *navarchi*, e i *trierarchi* delle flotte (fr. *un.*, § 1, *Dig. de bon. poss. ex test. milit.,* XXXVII, 13) possono testare militarmente. Il testamento fatto militarmente dal milite, vale per tutto l'anno successivo al suo onorevole congedo (*Instit.*, § 3, *h. t.,* II, 11; fr. 21, fr. 26, 38, 42, *Dig. eod.,* XXIX, 1; *cost.* 13, *Cod. eod.,* VI, 21), anche nel caso in cui il testatore militare avesse imposta una condizione all'erede, che si verificherà dopo l'anno (fr. 25; fr. 38, *Dig. eod.*): mentre il testamento fatto militarmente dalle persone non militanti, ma che accompagnano l'esercito, cessa dall'avere validità, cessato il pericolo (fr. 44, *Dig. de testam milit.*, XXIX, 1; fr. *un.*, *Dig. de bon. poss. ex testam. milit.,* XXXVIII, 13). La *minima capitis diminutio* che il milite subisse non rende *irrito* il suo testamento militare (*Instit.,* § 5, *h. t.*; fr. 22; fr. 23, *Dig. eod.*), ma il congedo per causa ignominiosa toglierebbe efficacia al testamento medesimo (fr. 26, *Dig. h. t.,* fr. 2, *Dig. de his qui not. inf.,* III, 2). Il militare ha facoltà di confermare militarmente un testamento fatto prima di entrare in campagna, che per mancanza di forme sarebbe invalido (*Instit.,* § 4, *h. t.*; fr. 9, § 1; fr. 15, § 2; fr. 23, *Dig. eod.*), e militarmente può revocarne uno fatto in antecedenza con ogni regolarità (fr. 20, § 1; fr. 25, *Dig. eod.*). Il testamento militare può essere fatto eziandio, dal milite, che è divenuto sordo-muto, ed il quale a cagione di questa infermità, è per essere licenziato (*Instit, h. t.,* § 2, fr. 4, *Dig. eod.*). Il figlio di famiglia, che ha un peculio castrense, ha diritto di testare militarmente del medesimo, soltanto quando militando corre i pericoli della guerra; in circostanze ordinarie deve testare con le forme consuete (*cost. ult.*, *Cod. de inoff. testamen.,* III, 28, *Instit.*, *pr. h. t.*).

§ 622. Il militare gode per la legislazione romana di molti privilegi, non soltanto circa alla *forma esteriore* del testamento ma eziandio per riguardo al *contenuto;* questi ultimi verranno da noi esposti in seguito, limitandoci per ora a dire, che non havvi pressochè una regola del diritto civile in questo proposito, obbligatoria pei *pagani,* la quale vincoli il *militare.*

Testamentum ruri conditum.

§ 623. Se un testamento è fatto in campagna, e non è possibile riunire *sette* testimoni, il diritto Romano si contenta di *cinque* (*cost.* 31, *Cod. de testam.,* VI, 23). Tale impossibilità si presumeva fino a prova in contrario; perchè le campagne in quest'epoca erano quasi esclusivamente abitate dai servi e raramente vi si trovavano dei cittadini. Se dei testimoni convocati alcuni soltanto sapevano scrivere, questi, nel testamento scritto, firmavano per gli altri. Cosiffatto testamento era valido anche senza firme, se non si trovava fra i testimoni chi sapesse scrivere: allora il testatore doveva far noto ai testimoni l'erede che aveva nominato e le sue disposizioni, affinchè essi potessero dopo la sua morte deporne con giuramento (*cit. cost. ult.,* VI, 23, *Nov.* 73, *cap.* 9). Molti pretendono che di questa forma privilegiata di testare potessero valersi i contadini soli, (*rusticani*) ma la ragione del privilegio militando eziandio per coloro, che sono, sebbene transitoriamente, in campagna, tal privilegio vuole essere esteso ancora ad essi. Spetterebbe agli eredi legittimi che insorgono contro la validità del testimone in discorso, allegando che era possibile trovare nella campagna ove fu fatto, sette testimoni litterati, il provarlo. (MÜHLEMBRUCH, *loc. cit.;* fr. 2, *Dig. de probat.,* *cost.* 23, *Cod. eod.*).

Testamentum tempore pestis conditum.

§ 624. Nel testamento fatto in occasione di pestilenza o di malattia contagiosa; rimettevansi quelle formalità che espongono al contagio; laonde i testimoni potevano venire ad uno ad uno, e non era necessaria la loro simultanea presenza (*cost.* 8, *Cod. de testam.,* VI, 23).

Testamentum parentum inter liberos.

§ 625. Se gli ascendenti vogliono testare a favore dei discendenti, bastano poche formalità. Ed in vero se vogliono testare per *iscritto* basta che:

1° Indichino la data della fazione del testamento, cioè l'anno, il mese, il giorno.

2° Scrivano di proprio pugno il nome dei discendenti istituiti.

3° Scrivano di proprio pugno con lettere chiare, e non con cifre numeriche, le quote nelle quali istituiscono gli eredi. Non occorre sottoscrizione del testatore, nè presenza di testimoni e loro sottoscrizione: e non è neppure necessario che il testatore scriva di proprio pugno tutto il testamento. Con questo testamento è lecito, oltre all'istituire un erede, sostituire, nominare un tutore, e diseredare; ma le istituzioni a favore di estranei, che vi fossero contenute, sarebbero nulle (*Nov.* 107, *cap.* 1 e 2). Validi sarebbero i legati a favore di estranei o della moglie, se il testatore li scrisse di proprio pugno e li dichiarò ai testimoni.

§ 626. Dal *testamentum parentum inter liberos,* bisogna distinguere la semplice divisione, che i genitori facessero fra i loro figli della propria eredità (*divisio parentum inter liberos*). In cotale divisione i discendenti succedono *ab intestato* ai loro genitori, i quali si limitano a indicare la parte ereditaria di ognuno dei loro figli. Questa divisione è valida, se è firmata dallo stesso ascendente che la fa, o dai figli ai quali si riferisce (*cost.* 16 e 21, *Cod. fam. ercisc.,* III, 36, *Nov.* 18, cap. 7, *Nov.* 107, cap. 3). [1]

§ 627. Per revocare il *testamentum parentum inter liberos,* si addimanda:

Un nuovo formale testamento, oppure:

[1] Il padre, la madre e gli altri ascendenti possono, per l'art. 1044, dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti, comprendendo nella divisione anche la *parte non disponibile.*

Queste divisioni possono essere fatte *per atto tra vivi*, o *per testamento*, con le stesse formalità, condizioni, e regole stabilite, nel primo caso per le *donazioni*, e nel secondo caso *pei testamenti.*

Le divisioni fatte per atto *tra vivi* non possono comprendere che i beni *presenti* (art. 1045).

Se nella divisione non sono stati compresi i beni lasciati dall'ascendente al tempo della sua morte, i beni non compresi sono divisi in conformità della legge (art. 1046).

È *intieramente nulla* la divisione nella quale non sieno stati compresi tutti i figli che saranno chiamati alla successione e i discendenti dei figli premorti. In questo caso tanto i figli o discendenti che non vi ebbero parte, quanto quelli che vi ebbero parte, possono promuoverne una nuova (art. 1047) purchè, crediamo, accettino la successione (argom. dall'art. 945).

La divisione fatta dall'ascendente può essere impugnata, se dalla medesima, o dalle altre disposizioni fatte dall'ascendente resulta che sia leso nella porzione legittima alcuno di quelli fra i quali sono stati divisi i beni. Se la divisione è fatta per atto tra i vivi, può altresì essere impugnata per la *lesione oltre il quarto* a norma dell'articolo 1038 (art. 1047).

Il figlio che per alcuna delle cause ora espresse (art. 1047) impugna la divisione fatta dall'ascendente, deve anticipare le spese della stima, e succombendo nel giudizio definitivo, deve essere condannato nelle spese medesime e in quelle della lite (art. 1049).

La revoca dell'antico innanzi a *sette* testimoni. (*Nov.* 107, cap. 2).

§ 628. Il testamento nuncupativo, *parentum inter liberos*, richiede soltanto le presenza di *due testimoni*, osservate tutte le altre formalità proprie dei testamenti nuncupativi (HEINEC., *Recit.*, lib. II, tit. 11, § 509). VINNIO, *Select. quæst.*, lib. II, cap. 18, VOET., lib. XXVIII, tit. 1, n° 15).

CAPITOLO IV.

DEL CONTENUTO DEL TESTAMENTO.

§ 629. Il testamento *può contenere* molte e diverse disposizioni, a mo'di esempio, legati, nomine di tutori, manomissioni di servi etc.[1] ma quello che *deve assolutamente contenere* è:

[1] Il nostro Codice permettendo ad ognuno di disporre per testamento di tutte le proprie sostanze, o di parte di esse (art. 759), e così di morire parte testato e parte intestato (vedi le note ai § 590 e 599 di questo secondo volume), approva l'istituzione di uno o più eredi, ma non l'esige per la validità del testamento; quindi le disposizioni testamentarie si possono fare a titolo di istituzione di erede o di legato, o sotto qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la volontà del testatore (art. 827).

Se non che ricordiamo che le disposizioni le quali comprendono l'*universalità* od *una quota di beni* del testatore, sono a *titolo universale*, e attribuiscono la *qualità di erede*, e le altre disposizioni sono a *titolo particolare*, ed attribuiscono la *qualità di legatario* (art. 760).

Mentre il Codice non richiede nessuna *forma* speciale per l'istituzione dell'erede, non ammette alcuna prova che le disposizioni fatte a favore di una persona dichiarata nel testamento, siano soltanto *apparenti*, e che realmente riguardino altra persona; nonostante qualunque espressione del testamento, che la indicasse o la potesse far presumere (art. 829). Ciò è ragionevole: non deve l'istituzione in erede desumersi per via di argomentazioni (fr. 65, *Dig. de hered. instit.*). Ma questa disposizione del Codice nostro non varrebbe quando si potesse dimostrare che l'istituzione o il legato furono realmente intesi a favore di persone incapaci, comunque fatte apparentemente a favore di persone capaci che debbono farne approfittare le incapaci, ossia come dice il capoverso dell'articolo 829, ora citato, quando furono fatte per interposta persona a favore di incapaci. Concorda il diritto Romano (fr. 10, *Dig. qui ut indign. auf.*; fr. 43, *Dig. de jure fisci*, e fr. 3, § 3, *Dig. eod.*).

Il Codice, uniformandosi ai principii del diritto Romano, dichiara, che se la persona dell'erede o del legatario è stata erroneamente indicata, la disposizione ha il suo effetto, quando dal contesto del testamento o da altri documenti o fatti constanti, resulta quale persona il testatore abbia voluto nominare, (art. 836).

L'Istituzione di un erede diretto.

(*Istit.*, lib. II, tit. 14, *de heredibus instituendis; Dig.*, lib. XXVIII, tit. 5, *de heredibus instituendis; Cod.*, lib. VI, tit. 24, *de heredibus instituendis, et quæ personæ heredes institui non possunt.*)

§ 630. L'Istituzione di un erede diretto (*directi heredis institutio*) è la nomina di un successore a titolo universale, chiamato personalmente dal testatore, perchè venga immediatamente e direttamente a raccogliere la eredità, senza l'intervento di interposta persona, che gliela restituisca. Bene a ragione da Gajo è detta *caput et fundamentum totius testamenti* (Gajo, II, § 229, *Istit.*, § 34, *de legatis*, II, 20): perocchè senza di essa non siavi testamento (fr. 1, § 3, *Dig. de vulg. et pup. substit.*, XXVIII, 6), e sia per essa che il testamento si distingua dal codicillo: potendo esser fatta per testamento soltanto (*Instit.*, § 2, *de codicillis*, II, 25; fr. 2, § 4; fr. 10, *Dig. de jure codicill.*, XXIX, 7, *cost.* 7, *Cod. de codicillis*, VI, 36).

§ 631. *A*) *Forma dell'istituzione.* In antico si esigeva, che l'istituzione fosse concepita in maniera o forma imperiosa, *verbis imperativis:* perchè l'antico testamento *calatiis comitis* era una legge, e la legge appunto ha forma imperiosa. Da primo l'unica formula da adoperarsi era questa: *Titius heres esto;* posteriormente potè adoperarsi anche l'altra: *Titium heredem esse jubeo*, ma non avevano efficacia le locuzioni: *heredem facio, heredem instituo*, (Gajo, II, 116, 117). Fino dal terzo periodo si cominciò a deflettere da tanto rigore, (fr. 1, § 5, *Dig. h. t.*) e nel quarto più non si pose mente alla maniera con la quale l'istituzione era fatta; bastò che l'intenzione di istituire taluno erede fosse chiaramente espressa (*cost.* 15 e 21, § 1, *Cod. de testam.*, VI, 23). In origine la istituzione dell'erede doveva precedere qualunque altra disposizione, il testamento doveva cominciare con essa (Paolo, III, 6, 2), tanto che si considerava come non scritto tutto ciò che si leggeva prima di quella; ma a poco a poco la giurisprudenza e le costituzioni imperiali mitigarono tanta severità, introducendo delle eccezioni a quel principio assoluto troppo (Gajo, II, 231; fr. 1, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5), finchè Giustiniano l'abolì affatto disponendo che in qualunque luogo del testamento si trovi la istituzione del-

l'erede, il testamento che la contiene vale in tutte le sue parti (*Instit.*, §. 34, *de legatis.*, II, 20, *cost.* 24, *Cod. de testam.*, VI, 23).

§ 632. *B*) *Designazione dell' erede istituito.* È essenziale che l'istituzione sia chiara e positiva, altrimenti il testamento è nullo. L'erede dunque ha da essere designato pel suo nome, o con tali indicazioni (*demonstrationes*) da escludere ogni dubbio sulla sua persona (fr. 9, § 8 e 9, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5). Quando dalle circostanze si può constatare con sicurezza, quale è la persona che il testatore ha voluto istituire, non conclude l'errore sul nome o cognome dato alla medesima (*Instit.*, § 29, *de legatis*, II, 20; fr. 8, § 2, *Dig. de bon poss. sec. tab.*, XXVII, 11, *cost.* 4, *Cod. de testam.*, VI, 33; fr. 19 e 34, *Dig. de condit. et demonstrat.*, XXXV, 1), o sopra qualche qualità attribuitale (fr. 48, § 3, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5), come pure non conclude la singolarità, che più persone abbiano lo stesso nome (fr. 62, § 1, *Dig. eod.*) indicato dal testatore.

C) *Modalità dell' istituzione.* L'istituzione dell'erede può esser fatta:

α Puramente e semplicemente.

β Modalmente. Vediamo quali modalità possano apporsi all'istituzione dello erede.

I. *Condizioni.* All'istituzione in erede possono aggiungersi delle condizioni, e queste debbono essere interpretate secondo la intenzione del testatore. *In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones*, (fr. 19, 101, § 2, *Dig. de condit. et demonstrat.*, XXXV, 1).[1] Regole principali sulle condizioni sono le seguenti:

a) L'erede, che per legge si ha obbligo di istituire, deve essere istituito o espressamente diseredato, non può essere *preterito*. Di quì deriva che non può essere istituito se non che sotto condizione *potestativa*. L'istituzione sua sotto una condizione *casuale* o *mista*, non sarebbe valida, ammenochè fosse aggiunta la diseredazione sotto una condizione contraria. Tal diseredazione sotto una condizione contraria non è necessaria nel caso di una istituzione fatta sotto condizione *potestativa*, perocchè dipendendo dall'istituito l'essere o no erede, sarebbe ridicolo diseredare chi

[1] Concorda l'art. 1166.

non volle essere erede (fr. 4, 5, 6, 86, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5, fr. *ult. Dig. de condit. instit.*, XXVIII, 7.).[1]

[1] L'articolo 848 permette che le disposizioni a *titolo universale* o *particolare* si facciano tanto *puramente* quanto *sotto condizione*.

Il Codice nostro non ammette che certe persone debbano necessariamente essere istituite eredi; il testatore può omettere l'istituzione di quelle persone alle quali la legge deferisce una quota di eredità, ossia la *porzione legittima:* salvo in esse il diritto di ottenere la riduzione di quelle disposizioni, le quali eccedendo la quota lasciata come disponibile dalla legge al testatore, venissero a ledere la loro legittima. Ma al testatore non lice apporre alcun peso o condizione sulla porzione *legittima* (art. 808).

L'articolo 849, concordemente col diritto Romano, decide che si abbiano *per non apposte* nel testamenti le condizioni *impossibili*, e quelle contrarie alle leggi ed al buon costume (ed evidentemente intende le condizioni *affermative*); abbiamo veduto che eziandio nel sistema del Codice queste condizioni invece, *annullano* la donazione ed i contratti cui fossero apposte (art. 1065 e art. 1160).

L'articolo 850 (concorde coi fr. 22; fr. 63, § 1; fr. 64, § 1; fr. 72; fr. 74, *Dig. de condit. et demonstrat.*) considera come *contraria* ai buoni costumi e alla *legge* (morale) la condizione che impedisce le *prime nozze*, ossia che impone il perpetuo celibato. Ma quest'articolo considera come contraria alla legge anche la condizione che impedisce le seconde ed *ulteriori nozze*, cioè che impone la *perpetua vedovanza;* al contrario per diritto antegiustinianeo questa condizione sarebbe stata valida (*cost.* 2 e 3, *Cod. de indicta viduitate*). Se non che il nostro legislatore trascurando le oscitanze giustinianee in questo proposito (vedi *Novella* 22, cap. 4°) e sostituendo invece savie distinzioni dispone: che debba avere effetto la condizione *di vedovanza* apposta in *qualunque disposizione testamentaria di un coniuge a favore dell'altro;* e che il *legatario* di un usufrutto od uso, di una abitazione o pensione o d'altra prestazione periodica, pel *caso* e pel *tempo* del *celibato*, o della vedovanza, non possa goderne che durante il celibato o la vedovanza.

L'articolo 851 dichiara che si ha per non apposto ad una disposizione *a titolo universale*, il *giorno* dal quale la medesima debba *cominciare* (*dies a quo*) o *cessare* (*dies ad quem*): e ciò evidentemente con lo scopo di evitare le sostituzioni fedecommessarie larvate sotto le apparenze dell'apposizione del giorno. Delle *condizioni risolutive* il Codice non parla: ma se sono apposte ad una disposizione a titolo universale, presentando lo stesso pericolo, di servire cioè di larva a delle sostituzioni fedecommessarie, ed avendo d'altronde grandissima analogia col *termine finale* (*giorno dal quale deve cessare* la disposizione) crediamo che sia stato mente del legislatore di considerarle esse pure come non apposte nelle disposizioni a titolo universale.

L'articolo 852, imitando in questo la legislazione Romana, annulla le disposizioni *captatorie;* infatti dice nulla la disposizione a titolo *universale o particolare* fatta dal testatore sotto la condizione che egli sia vicendevolmente avvantaggiato nel testamento del suo erede o legatario.

Conformandosi ai principii del diritto Romano, l'articolo 853 decide essere *priva di effetto* ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione *sospensiva*, se la persona a cui favore è fatta *muore prima* che siasi verificata la condizione. E ciò a differenza, di quanto il legislatore nostro ha deciso (sempre in armonia col diritto Romano) relativamente ai contratti, ove l'abbiamo veduto dichiarare, che se il creditore è morto prima che siasi verificata la condizione, le sue ragioni passano all'erede (art. 1170).

Attingendo alle più eleganti risoluzioni del giureconsulto Giavoleno e dell'imperatore Alessandro (fr. 46, *Dig. ad SC. Trebell.*, *cost.* 5, *Cod. quando dies legati*) l'articolo 854 dispone, che la condizione la quale *secondo la mente del testatore*, non fa che sospendere l'*esecuzione della disposizione*, non impedisce che l'erede o il legatario abbiano un diritto acquistato e trasmissibile ai propri eredi anche prima della verificata condizione.

Imitando le savie cautele introdotte da Quinto Muzio Scevola, con la celebre *cauzione*, detta in suo onore *Muciana*, (fr. 18, *Dig. de condit.*, e *Novella* 22

b) Le condizioni *possibili* debbono venire scrupolosamente adempite dall'erede. Qualora sieno più, se sono imposte *cumulativamente* debbono tutte essere osservate, e se imposte *alternativamente,* basta che se ne osservi una (*Instit.,* § 11, *de hered instit.,* II, 14; fr. 5, *Dig. de condit. instit.,* XXVIII, 7). L'istituzione di erede, ripetuta più volte, sotto condizioni diverse, si considera come fatta sotto condizioni imposte *alternativamente* (fr. 27, *Dig. de hered. instit.,* XXVIII, 5; fr. 17, *Dig. de condit. instit.,* XXVIII, 7). Ma se la medesima istituzione, una volta si trova con condizione, ed un'altra senza, vale l'istituzione incondizionata, come quella che è più favorevole all'erede, e per conseguenza come quella, che apre l'adito all'eredità testamentaria (fr. 27, § *de hered.* § 1, *instit.,* XXVIII, 5).

c) La condizione *affermativa, impossibile fisicamente* o *moralmente,* si ha per non scritta (fr. 1; fr. 6, *Dig. de condit. instit.,* XXVIII, 7).[1] Nel trattare delle convenzioni vedemmo invece, che la condizione affermativa impossibile le annulla (vedi sopra, § 274, lett. *b*.).[2] Questa differenza nell'effetto della condizione affermativa impossibile apposta nei testamenti, e della condizione stessa ap-

cap. 44, § 9) relativamente alle condizioni *sospensive negative* l'articolo 855 dispone, che se il testatore ha lasciato l'eredità o il legato sotto obbligo all'erede o al legatario *di non fare o non dare,* l'erede o il legatario è tenuto a dare *cauzione,* o *altra sufficiente cautela,* per l'esecuzione di tale volontà a favore di quelli, ai quali l'eredità o il legato dovrebbe devolversi in caso di non adempimento.

Mentre le condizioni sospensive tuttora pendenti dopo la morte del testatore davano diritto a Roma all'erede condizionale di domandare interinalmente il possesso dei beni *secundum tabulas,* prestata cauzione agli interessati di restituirli se la condizione non si verificava o mancava (fr. 2, § fr. 5; fr. 6; fr. 16, *Dig. de bon. poss. sec. tab.;* fr. 23, § 1, *Dig. de hered. instit.*), pel Codice nostro (art. 857) se l'erede fu istituito sotto una condizione sospensiva, finchè questa si verifichi, o sia certo che più non possa verificarsi, sarà dato all'eredità un amministratore. Lo stesso avviene se l'erede non vuole prestare la cauzione, che seguiteremo anche oggi a chiamare *Muciana* (art. 857, capoverso).

L'amministrazione è affidata al coerede od ai coeredi instituiti senza condizione, quando tra essi e l'erede condizionale possa aver luogo il diritto di accrescimento (art. 858).

Se l'erede condizionale non ha coeredi o tra esso ed i coeredi stessi non può aver luogo il diritto di accrescimento, l'amministrazione verrà affidata al presunto erede legittimo del testatore, salvo che l'autorità giudiziaria per giusti motivi creda conveniente di provvedere altrimenti.

Queste disposizioni (degli articoli 857, 858, 859) hanno luogo anche nel caso in cui fosse chiamato a succedere un non concepito, figlio immediato di una determinata persona vivente, secondo l'articolo 764 (art. 860).

Agli amministratori ora mentovati sono comuni i carichi e le facoltà dei curatori delle eredità giacenti (art. 861).

[1] Concorda l'articolo 849.

[2] Concordano gli articoli 1065 e 1160.

posta nelle convenzioni, differenza rifiutata dai Proculeiani, ammessa dai Sabiniani e sanzionata poi da Giustiniano, della quale Gajo sebbene Sabiniano confessa non sapere dare plausibile spiegazione (GAJO, III, 98), viene dal giureconsulto Meciano spiegata nel modo seguente. Egli osserva che le convenzioni come atti bilaterali, richiedono il consenso di ambedue le parti contraenti, attalchè se queste concordemente appongono una condizione che riconoscevano impossibile, è segno che non volevano obbligarsi sul serio, e che piuttosto scherzavano; ma per lo contrario, se taluno istituisce un altro in erede sotto una condizione affermativa impossibile, siccome lo fa spontaneamente, non può supporsi che fosse mosso dall' intenzione di scherzare, specialmente in un atto così solenne quale è il testamento (fr. 31, *Dig. de obligat. et act.*, XLIV, 7). Meno sofistica e più plausibile spiegazione di quella differenza, ci sembra l' attribuirla al desiderio di favorire la validità delle istituzioni in erede, affinchè i cittadini non morissero *ab intestato:* il che era nello spirito del diritto Romano di conseguire.

d) La condizione *negativa impossibile*, se è *impossibile fisicamente* si considera come non scritta, ma se è *impossibile moralmente* vuole essere osservata. A mo' d' esempio debbono essere osservate le condizioni seguenti: *Titius heres esto si sacrilegium non faciat, si hominem non occidat.*

e) Le condizioni *sospensive* possono essere apposte all' istituzione in erede; non già le *risolutive*. Non le *risolutive*, perocchè ad esse osta la regola *semel heres, semper heres;* (fr. 7, § 10, *in f., Dig. de minorib.*, IV, 4; fr. 88, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5), laonde si considerano come non apposte.[1] Le condizioni sospensive sospendono gli effetti dell' istituzione: l' istituito ha la possibilità di essere erede, ma non lo è finchè la condizione non si verifica; quindi se muore prima del verificarsi della condizione, non trasmette diritto alcuno ai suoi eredi (fr. 4, *Dig. quando dies legat.*, XXXVI, 2, *cost. un.*, § 7, *Cod. de caduc. toll.*, VI, 51). E questo a differenza di ciò che avviene nelle convenzioni. La cosa, che nelle convenzioni è promessa sotto condizione sospensiva, deve essere prestata all' erede della persona cui fu

[1] La condizione risolutiva è ammessa nel testamento militare (*arg.*, fr. 15, § 4; fr. 41 *pr.*, *Dig. de testam. milit.*, XXIX, 1, *cost.* 8, *Cod. de his quæ pœnæ nomine*, VI, 41). Vedi l' art. 851 del Codice.

promessa, se la condizione si verifica dopo la di lei morte: perocchè anche un diritto in speranza, acquistato per convenzione, si trasmette agli eredi (*Instit.*, § 4, *de verb oblig.*, III, 15; fr. 73, § 1, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2; fr. 54, *Dig. de verb. signif.*, L, 16).[1] La condizione sospensiva appena si verifica, ha effetto retroattivo, e perciò l'erede istituito sotto la medesima, si considera come se fosse stato sempre erede; se poi la condizione vien meno, il testamento si considera come se non fosse mai esistito, e succedono gli eredi legittimi (fr. 26, *Dig. de condit. instit.*, XXVIII, 5; fr. 105, *de condit. et demonst.*, XXXV, 1). Se la condizione *sospensiva* è *negativa*, ed è di tale indole da impedire all'erede una data azione per tutta la vita: per esempio se il testatore avesse detto *Titius heres esto, si in Capitolium non ascenderit,... si hominem non occiderit*, a rigore bisognerebbe aspettare il momento della morte di Tizio per esser certi, che egli avesse diritto all'istituzione: e questa gioverebbe soltanto ai suoi eredi. Per rimediare a tale inconveniente, Quinto Mucio introdusse una *cautio*, detta in suo onore *Muciana*, per la quale l'istituito potè ottenere immediatamente il possesso dell'eredità.[2] Con questa cauzione l'istituito garantisce di restituire l'eredità a chi di ragione, nel caso che egli non rispettasse il divieto del testatore (fr. 7, e 18, *Dig. de condit. et demonst.*, XXXV, 1). Fu introdotta pei legati, poi estesa ai fedecommessi ed all'istituzioni in erede (fr. 73, *Dig. eod. tit.*).

f) Le condizioni necessarie, e le derisorie, si ritengono per non apposte (fr. 14, *Dig. de condit. instit.*, XXVIII, 7).

g) Le condizioni *interessate* rendono la istituzione nulla; per conseguenza non valgono le istituzioni dette *captatorie*, quelle cioè che sono intese a provocare una futura istituzione, perocchè l'erede venga istituito a condizione, che egli alla sua volta istituisca il testatore, od un terzo (fr. 70; fr. 71; fr. 81, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5; fr. 64, *Dig. de legatis*, XXX).[3] La nullità delle istituzioni *captatorie*, fu dichiarata da un senatusconsulto, del quale si ignora l'epoca ed il nome. Esempi di istituzioni captatorie sono i seguenti: 1° istituisco Tizio in quella parte nella quale istituirà me; 2° istituisco Tizio in quella parte nella quale isti-

[1] Concordano gli articoli 853 e 1170.
[2] Vedi l'artic. 855.
[3] Vedi l'artic. 852.

tuirà Mevio. Per altro, mentre lo istituire alcuno perchè istituisca noi, è una vera captazione, lo istituire taluno perchè ci ha già istituiti, è dimostrazione di onesta gratitudine. Le leggi Romane fanno appunto questa distinzione, quando dichiarano:

1° che non sono istituzioni captatorie i testamenti vicendevoli, i quali hanno per ragione le mutue affezioni: come se avvengono fra i coniugi o i fratelli (fr. 70, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5).

2° che non sono istituzioni captatorie quelle, che hanno causa da una istituzione precedente, e così appariscono mosse da gratitudine, come se il testatore avesse detto: Tizio sia mio erede per quella parte in cui ha istituito erede me (fr. 71 *pr.*, *Dig. eod.*).

h) L'istituzione non può farsi dipendere dal mero arbitrio altrui, ma può esser validamente sottoposta alla condizione che un altro faccia qualche cosa, che dipenda dalla sua volontà (*condizione potestativa*). Quindi sarebbe nulla la istituzione in cui il testatore dicesse: istituisco erede chi Tizio vorrà (fr. 32, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 6); ma varrebbe invece una istituzione concepita in questi termini: se Tizio monterà in Campidoglio, Mevio sia mio erede (fr. 68, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5). Siffatta istituzione sarebbe valida perchè non rimessa al mero e diretto arbitrio del terzo: infatti se Tizio vuole che Mevio sia erede, è necessario che si sottoponga a fare qualche cosa, nell'esempio nostro, a montare in Campidoglio.

II. *Termine.* L'istituzione dell'erede può essere sottoposta ad un *termine*, ma *incerto:* perchè allora il termine è considerato come una condizione (fr. 75, *Dig. de condit. et demonstr.*, XXXV, 1; fr. 4 *pr.*; fr. 22 *pr.*, *Dig. quando dies legat.*, XXXVI, 3); ma l'apposizione di un termine *certo* all'istituzione, si considera come non fatta, e l'erede si ritiene come istituito puramente e semplicemente (*Instit.*, § 9, *h. t.*, II, 14; fr. 34, *Dig. eod.*, XXVIII, 5). La ragione ne è evidente: invero se la istituzione fosse fatta *in diem* (*Tizio sia mio erede per cinque anni*), ove si rispettasse la volontà del testatore, l'erede testamentario dovrebbe dopo cinque anni abbandonare l'eredità, la quale verrebbe allora acquistata dall'erede legittimo; laonde si violerebbe la regola *semel heres semper heres.*[1] E se la istituzione fosse fatta *ex die* (*Tizio*

[1] La istituzione *in diem* è valida nel testamento militare (fr. 15, § 4; fr. 41 *pr.*; *Dig. de testam. milit.*, XXIX, 1, *cost.* 8, *Cod. de testam. milit.*, VI, 21).

sia mio erede cinque anni dopo la mia morte) rispettando la volontà del testatore, per i primi cinque anni posteriori alla sua morte succederebbero gli eredi legittimi, dopo cinque anni l'erede testamentario; altra violazione flagrante della regola stessa: *semel heres semper heres.*[1]

III. *Causa.* Il testatore può avere espresso il motivo che lo spinse ad istituire la persona da lui scelta come erede. Non importa se in tal caso il motivo dell' istituzione riposa sopra fatti, che poi riconosconsi falsi (fr. 17, § 2; fr. 72, § 6, *Dig. de condit. et demonstrat.*, XXXV, 1; ULP., XXIV, 19; *Instit.*, § 31, *de legatis*, II, 20), perchè il testatore non era obbligato ad esprimere il motivo vero, o solo, che lo spingeva a istituire erede la persona istituita tale; onde la regola: *falsa causa non nocet* (vedi sopra, § 269, e nota al § 517). Tuttavolta questa regola soffrirebbe limitazione: 1° se la causa fosse stata posta in condizione, come se il testatore avesse detto: istituisco erede Tizio se ha amministrato i miei affari (fr. 17, § 3, *Dig. de condit. et dem.*, XXXV, 1): 2° se gli eredi legittimi potessero dimostrare in maniera perentoria, che senza la causa indicata dal testatore, egli non avrebbe fatto l' istituzione (fr. 92, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5; fr. 28, *Dig. de inoff. testam.*, V, 2; fr. 72, § 6, *Dig. de condit. et demonstr.*, XXXV, 1; *cost.* 4, *Cod. de hered. instit.*, VI, 24, *Cod. tit. de falsa causa*, VI, 44).[2]

IV. *Modo.* Ove all' erede istituito sia stato imposto l' obbligo

[1] È notevole, che nell' istituzione fatta *ex die* (p. e., *Tizio sia mio erede cinque anni dopo la mia morte*) il termine si considera come se non fosse apposto, mentre si rispetta la *condizione sospensiva* (p. e., *Tizio sia mio erede quando la nave Amelia tornerà dall' Affrica*). Parrebbe a prima giunta, che ancora la condizione sospensiva dovesse considerarsi come non scritta, per non violare la regola *semel heres semper heres*, ma ciò non è. Questo si spiega riflettendo che fino a tantochè la condizione sospensiva pende (nel nostro esempio, finchè la nave non è tornata dall' Affrica) non si fa luogo alla successione legittima, mentre alla medesima sarebbe necessario far luogo in caso di una istituzione *ex die*. Infatti finchè la condizione pende, è incerto se vi sarà o no un erede testamentario, ed in questa incertezza non lice chiamare a succedere gli eredi legittimi: perchè alla successione legittima non si apre l' adito, finchè non è certo che manchi un erede testamentario: e la speranza che esista esclude gli eredi *ab intestato*. Ma la cosa procede molto diversa nell' istituzione fatta *ex die*. Se il testatore ha detto: Tizio sia mio erede cinque anni dopo la mia morte, è certo che per cinque anni non può esistere erede testamentario: perchè per quel tempo il testatore lo ha espressamente escluso; laonde sarebbe necessario per quei cinque anni chiamare all' eredità gli eredi legittimi, trascorsi i quali dovrebbero abbandonarla, con violazione della regola *semel heres semper heres*.

[2] Concorda l' art. 828.

di impiegare tutta o parte dell' eredità ad un dato destino, o fine certo (vedi sopra, § 273), l'erede deve sodisfare a quell' obbligo, quando sia moralmente e fisicamente possibile (fr. 92, § 1, *Dig. de legatis*, I; fr. 88, § 3, *Dig. de legatis* II, *cost.*, *Theod.* 1, *de his quæ sub modo*, VI, 4). In ciò il *modus* è regolato dalle leggi nostre come le condizioni affermative, impossibili moralmente o fisicamente (fr. 8, § 7, *Dig. de condit. instit.*, XXVIII, 7; fr. 7, *Dig. de annuis legatis*, XXXI, 1; fr. 37, *Dig. de condit. et dimonstrat.*, XXXV, 1). Ma non può essere costretto ad eseguirlo, se il modo interessa lui solo (fr. 13, § 2; *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1; fr. 71 *pr.*, *Dig. de condit. instit.*, XXXV, 1).

V. *Penale.* Quando il testatore ha ordinato, che l'erede paghi una penale pel caso che non eseguisca la sua ultima volontà; questa, verificandosi tal caso, deve essere dall' erede pagata (*cost. un.*, *Cod. de his quæ pœnæ nomine*, VI, 41).

§ 633. *D) Dell' istituzione di uno o più eredi.* Il testatore ha facoltà di istituire erede una sola persona in tutta l'eredità, oppure di istituire più persone insieme, in parti uguali o diverse (*Instit.*, § 4, *de hered. instit.*, II, 14). Ma in tutti i casi è necessario, che non resti vacante una parte dell' eredità, per non violare la regola: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest;* l'erede, o i più eredi testamentari, debbono dunque godere di tutta l'eredità, nè può qualsiasi frazione della medesima, di cui non avesse disposto il testatore, venire acquistata dagli eredi legittimi.[1]

§ 634. L'eredità complessivamente, come obietto, era dai Romani chiamata asse, *as*, vocabolo di origine greca che significa un tutto, un indiviso, e col quale indicavano come l'eredità, così ogni altra università o totalità. Dividevano l'*asse* in dodici parti uguali, dette *oncie*, ciascheduna delle quali aveva un nome proprio.

1° Se taluno era istituito in un' oncia, ossia in $^1/_{12}$ della eredità, dicevasi *heres ex uncia.*

2° Se in due once, ovvero in $^1/_6$, dicevasi *heres ex sextante.*

3° Se in tre once, ovvero in un $^1/_4$, dicevasi *heres ex quadrante.*

4° Se in quattro once, ovvero in $^1/_3$, dicevasi *heres ex triente.*

5° Se in cinque once, *heres ex quincunce.*

[1] Tutto ciò è contrario al Codice nostro che ammette invece l'eredità potersi deferire parte per testamento, parte per legge.

6° Se in sei once, ovvero in $^1/_2$ dell' asse, dicevasi *heres ex semisse.*

7° Se in sette once, *heres ex septunce.*

8° Se in otto once, *heres ex besse* (da *bes* cioè *bis triens,* ovvero $^2/_3$ dell' asse.

9° Se in nove once, *heres ex dodrante* (da *dodrans,* cioè *dempto quadrante,* vale a dire l' asse meno $^1/_4$).

10° Se in dieci once, *heres ex decunce, vel dextante, dextans* significando *dempto sextante,* vale a dire l' asse meno $^1/_6$).

11° Se in undici once, *heres ex deunce,* da *deunx,* vale a dire *dempta uncia,* ossia l' asse meno un' oncia, o meno $^1/_{12}$.

12° Se in dodici once, ossia in tutto l' asse *heres ex asse* (*Instit.,* § 5, *de hered. instit.,* II, 14; fr. 50, § 2, *Dig. eod.,* XXVIII, 5). L' istituito in $^1/_{24}$ dell' eredità, dicevasi *heres ex semuncia,* e l' istituito in $^1/_{48}$ *heres ex sicilico.* Non ricordiamo i nomi delle altre suddivisioni, perchè disusati.

§ 635. Tale essendo il modo della divisione dell' asse, possono occorrere più casi:

a) che il testatore non abbia disposto di tutte le dodici once dell' asse, istituendo l' erede soltanto in una parte certa. Allora egli acquista anche le altre once, delle quali il testatore non dispose (*Instit.,* § 5, *Dig. de hered. instit.,* II, 14; fr. 1, § 4, *Dig. eod.,* XXVIII, 5).

b) Che il testatore abbia istituito eredi più persone, senza assegnare a ciascuna di esse un numero determinato di once. Allora ove tali eredi sieno tutti istituiti in una sola proposizione (onde sono detti *conjuncti,* o *re et verbis conjuncti*), acquistano tutti l'eredità in porzioni uguali (*Instit.,* § 6, *de hered. instit.,* II, 14; fr. 9; § 12, *Dig. eod.*); ed ove sieno istituiti in proposizioni diverse (onde sono detti *verbis disjuncti,* o *re conjuncti*) l' eredità viene divisa in tante parti, quante sono le proposizioni (fr. 11; fr. 59; § 2, *Dig. eod.,* XXVIII, 5).

c) Che il testatore assegnando ai più coeredi delle parti determinate, abbia disposto di un *numero maggiore* di once di quelle che compongono l' asse. In tal caso si sottrae ad ogni coerede una parte della respettiva quota, in proporzione della medesima, *singulis pro parte decrescit* (*Instit. in f. h. t.* § 7; fr. 13; § 2, 3, 4, 5, *Dig. eod.*).

d) Viceversa, che il testatore assegnando a più coeredi delle

parti determinate, abbia disposto di un *minore numero* di once di quelle che compongono l'asse. Allora la porzione dell'asse rimasta vacante, accresce ad ogni coerede, in proporzione della sua respettiva quota, *singulis pro rata accrescit* (*Instit.*, § 7 *pr.*, *h. t. cit.* fr. 12, *eod.*).

e) Che il testatore avesse determinato per alcuni dei coeredi il numero delle once (*heredes ex certa parte*), per altri no (*heredes sine parte*). In tal caso si assegnano le quote determinate a coloro che furono istituiti nelle medesime, fra gli altri si divide il rimanente, secondo il numero delle persone o delle proposizioni (*Instit.*, § 6, *h. t.*; fr. 17 *pr.*; fr. 20 *pr.*, *Dig. eod.*). Ma che dire nel caso, che dopo avere assegnato le quote determinate dal testatore agli istituiti nelle medesime, non rimanesse nulla dell'asse per gli altri, istituiti *sine parte*, ossia senza determinazione di quota? Si suppone allora, che il testatore abbia voluto dividere l'asse in 24 once (*dupondium*) anzi che in 12, e le prime 12 once si dividono fra le persone per le quali il testatore ha indicato le respettive quote, e le ultime 12 once si dividono fra le altre che non sono state istituite in quote determinate (*Instit.*, § 6, 8, *h. t.* fr. 17, § 3, 5; fr. 18; fr. 20, § 1, *Dig. eod.*). Tuttavolta ove il testatore dopo aver fatta espressamente la divisione dell'asse in 12 once, avesse detto: *nel resto istituisco erede Mevio,* costui niente acquisterebbe (fr. 17, § 3, *Dig. eod.*).

f) Che il testatore abbia istituito erede taluno indeterminatamente, tale altro in una cosa certa, *in re certa,* p. e., nel podere Semproniano. Allora quest'ultimo si considera come un legatario della cosa certa, e quel primo come erede di tutto l'asse (*cost.* 13, *Cod. de hered. instit.*, VI, 26).

g) Che il testatore abbia istituito eredi due persone diverse in una cosa medesima. In tal caso acquistano a parti uguali non solo la cosa, ma ancora tutto il resto dell'eredità (fr. 9, § 13, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII 5). E se il testatore avesse istituito due persone diverse, ciascuna in una cosa certa differente, l'eredità sarebbe divisa fra loro a parti uguali, e quelle cose certe in cui furono istituiti, si considererebbero come prelegati (fr. 10; fr. 11; fr. 35 *pr.*, § 1, 2, *Dig. eod.*).

§ 636. E) Delle sostituzioni. Il testatore nel suo testamento può fare una *istituzione, condizionale, posta in secondo grado sotto una istituzione principale, pel caso in cui l'istituzione prin-*

cipale non sortisse il suo effetto, in altri termini, può fare una *sostituzione* (*substitutio*) ossia *sub institutio*, istituzione posta sotto di un'altra, in secondo grado. La sostituzione, è un'istituzione eventuale di un erede diretto, ed appunto per questo non può essere fatta che in un testamento. Due specie di sostituzioni conobbero i Romani nei primi tempi: 1° la volgare (*vulgaris substitutio*) 2° la pupillare (*pupillaris substitutio*). Giustiniano per analogìa di quest'ultima, cioè della pupillare, ammise una terza specie di sostituzione, che i commentatori dicono: *quasi-pupillare o esemplare*. Tutte queste sostituzioni sono intese a prevenire certe eventualità di morire *ab intestato*: contengono infatti la istituzione di un altro erede, pel caso in cui quelle eventualità fossero per verificarsi, e tutte presuppongono una istituzione.[1]

a) *Sostituzione volgare.*

(*Instit.*, lib. II, tit. 15, *de vulgari substitutione*; *Dig.*, lib. XXVIII, tit. 6, *de vulgari et pupillari substitutione*; *Cod.*, lib. VI, tit. 25, *de institutionibus et substitutionibus*.)

§ 637. La sostituzione volgare è: la *nomina o istituzione di un erede diretto in secondo grado* (*secundus heres*, *substitutus*)

[1] Il Codice fra le sostituzioni permette la sola *sostituzione volgare*; rifiuta la *pupillare* e la quasi *pupillare*, reputandole forse prive di una ragione sufficiente nei nostri tempi e coi nostri costumi. Sembra che il legislatore considerasse, per un lato non essere oggi mai un' eventualità che importi molto evitare quella di morire senza eredi testamentari; e per l'altro, che non sia troppo da temersi che gli eredi legittimi dell' impubere e del furioso nell' impotenza di testare in cui costoro si trovano, e nella mancanza di un testamento fatto dall' ascendente paterno o materno, sieno propensi ad attentare alla vita dell' impubere o del furioso, ai quali per legge debbono succedere, ove costoro muoiano nell' impubertà o nell' alienazione mentale.

L'articolo 895 sanziona la *sostituzione* che il diritto Romano chiama *volgare* permettendo di sostituire *all' erede*, od al legatario, altra persona nel caso che alcuno di essi *non voglia* o *non possa* accettare l' *eredità* o il legato. Ad imitazione del diritto Romano, permette il Codice che si sostituiscano più persone ad una sola, od una sola a più (art. 895, capoverso); ed alla pari del diritto Romano, ritiene che se nella sostituzione è soltanto espresso uno dei due casi, che il primo chiamato non possa, o non voglia conseguire l'eredità, l'altro caso si intenda tacitamente incluso, purchè non consti della volontà contraria del testatore (art. 896) attalchè anche pel Codice è vero il dittterio: *casus impotentiæ, in se complectitur casum voluntatis et viceversa.*

Prescrive l'articolo 898 (copiando il diritto Romano) che se tra più coeredi o legatari a parti disuguali, è ordinata dal testatore una *sostituzione reciproca*, la proporzione delle quote fissata nella prima disposizione, si presume ripetuta anche nella sostituzione (vedi il fr. 24, *Dig. de vulg. et pupill. substit.*) Se poi nella sostituzione insieme coi primi nominati è chiamata un'altra persona, la porzione vacante pel citato articolo (898, capoverso) appartiene a *parti uguali* a tutti i sostituiti (vedi nel fr. 32, *Dig. de vulg. et pupill. substit.*, una risoluzione alquanto diversa).

pel caso in cui l'erede istituito in primo grado (*primus heres, institutus*) *non voglia o non possa divenire erede: si ille heres non erit* (*Instit. pr., h. t.;* fr. 36, *Dig. eod.*). Dicesi *volgare* questa specie di sostituzione, perchè contempla un caso *ovvio* e *comune*, ed è quella che deve essersi affacciata la prima alla mente dei testatori. Frequente uso ebbe presso i Romani per la importanza, che essi annettevano a morire lasciando eredi, nel nome dei quali i creditori in ogni peggiore ipotesi avrebbero fatto vendere la loro eredità, ed i quali avrebbero proseguito il culto dei loro *sacra privata*. Conferiva ad accrescere l'uso di questa sostituzione, ancora il desiderio di impedire, che venendo meno l'istituzione mancassero di effetto le altre disposizioni secondarie contenute nel testamento. La sostituzione volgare essendo intesa a supplire alla non accettazione dell'eredità per parte dell'erede istituito, non ha luogo ogni qualvolta costui l'accetta.

§ 638. La sostituzione volgare essendo un' istituzione in erede, sebbene in secondo grado, richiede naturalmente le stesse *condizioni* della istituzione, attalchè può sostituire soltanto chi può istituire; può sostituirsi come istituirsi unicamente mediante un testamento: e possono essere sostituiti soltanto quelli che possono essere istituiti. La sostituzione volgare non richiedeva forme sacramentali; generalmente si usava la formula: *Titius heres esto, si ille heres non erit, Sejus heres esto.* Il testatore può dunque dire Tizio sia mio erede, se Tizio non lo sarà, lo sia Seio, se Seio non lo sarà, lo sia Mevio, e così di seguito. Può il testatore sostituire quante persone vuole in terzo, quarto, ed ulteriore grado: ed ha facoltà perfino in ultimo grado ed in sussidio, di sostituire uno dei suoi servi, che, come diremo, è erede *necessario* (*Instit., h. t. pr.*). Gli è lecito sostituire molti eredi ad un solo, e viceversa uno solo a molti; e sostituire l'uno all'altro dei più coeredi istituiti; in quest'ultimo caso la sostituzione dicesi *mutua o reciproca* (*Instit.*, § 4, *h. t.;* fr. 36, § 1, *Dig. eod.;* fr. 37, § 1, *Dig. de hered instit.,*) Ha eziandio la facoltà di sostituire il primo erede a sè stesso, quando per siffatta sostituzione l'istituito risenta vantaggio; e vantaggio risentirebbe se essendo istituito sotto condizione, fosse sostituito a sè stesso incondizionatamente (fr. 48, § 1, *Dig. h. t.*).

§ 639. Le *regole* che governano la sostituzione volgare, sono le seguenti:

1° Esistendo più gradi di sostituiti, si ha da ritenere che il sostituito al sostituito, è sostituito all'istituito (*Instit.*, § 3, *h. t.*; fr. 27; fr. 41 *pr.*; fr. 47, *Dig. eod.*; fr. 69, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2). Per esempio se il testatore avesse detto: Tizio sia mio erede, e se non lo sarà lo sia Caio, e se questi pure non lo sarà, lo sia Sempronio: qualora Tizio e Caio non divenissero eredi, erede sarebbe Sempronio, ancorquando Caio venisse a mancare prima di Tizio. Parrebbe a prima vista, che Sempronio non essendo sostituito a Tizio, ma invece al sostituito di lui, cioè a Caio, non dovesse succedere nell'eredità qualora Caio venisse a mancare prima di Tizio; e sappiamo che alcuni giureconsulti sostenevano quest'opinione (fr. 27, *Dig. h. t.*); ma Severo ed Antonino fecero prevalere l'opinione contraria (*Instit.*, § 3, *h. t.*), senza dubbio dietro il riflesso, che il testatore il quale ha fatto tre gradi di sostituiti, ha voluto procurarsi tre eventualità di morire lasciando un erede testamentario, volontà che ha da essere rispettata.

2° La sostituzione ha luogo, tanto nel caso che l'istituito *non voglia*, quanto nel caso che *non possa* essere erede; le parole *si heres non erit*, se non sarà erede la persona istituita, parole che suole adoperare il testatore, comprendono tanto il caso della *noluntà*, quanto quello dell'*impotenza* (*Instit.*, § 4. *h. t.*; *cost.* 3 e 5, *Cod. eod.*). Ove il testatore abbia espressamente contemplato un solo di questi casi, si può dubitare se la sostituzione valga anche per l'altro. L'opinione più plausibile si è quella espressa nel noto adagio: *casus impotentiæ in se complectitur casum voluntatis*, *et viceversa* (*Instit.*, § 3, *h. t.*; fr. 4 *pr.*; fr. 27; fr. 41 *pr.*, *Dig. eod.*; fr. 101 *pr.*, *Dig. de cond.*, XXXV, 1; *cost.* 3, *Cod. de hered. instit.*, IV, 24; *cost.* 4, *cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26.)

3° Il sostituito si intende chiamato in quella quota di eredità, in cui è chiamato l'istituito, qualora non abbia dei cosostituiti, dappoichè allora dovrebbe dividere con loro siffatta quota *Instit.*, § 2, *h. t.*; fr. 24, *Dig. eod.*; *cost.* 1, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26).

4° Le condizioni imposte agli eredi istituiti, non valgono per i sostituiti, se non sono state espressamente estese anche ad essi (fr. 74, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5).

5° Nelle sostituzioni reciproche di più coeredi, si sottintende imposta ad ogni sostituito la condizione, che se vuole entrare

come sostituito nella quota di un altro, prima acquisti la quota ereditaria nella quale fu istituito (fr. 23; fr. 45, § 1, *Dig. de vulg. et pup. substit.*, XXVIII, 6).

6° La sostituzione volgare fatta ad un impubere, viene interpretata ancora come sostituzione pupillare, il che si esprime col comune ditterio: *la espressa volgare, comprende la tacita pupillare* (fr. 4, *Dig. h. t., cost.* 3, *Cod. de hered instit.*, IV, 24).

§ 640. Non ha effetto la sostituzione volgare:

a) quando l'erede istituito accetta la eredità, e la trasmette ai suoi eredi (*cost.* 5, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26).

b) quando il sostituito premuore all'istituito (*cost. un.*, § 4, *Cod. de caduc. toll.*, VI, 51).

c) quando essendo stata apposta una condizione speciale alla sostituzione, questa non si verifica (fr. 14; fr. 23, *Dig. h. t.* XXVIII, 6).

b) *Sostituzione pupillare.*

(*Instit.*, lib. II, tit. 16, *de pupillari substitutione; Dig.*, lib. XXVIII, tit. 6, *de vulgari et pupillari substitutione; Cod.*, lib. VI, tit. 26, *de impuberum et aliis substitutionibus.*)

§ 641. La sostituzione pupillare è una: ***sostituzione, che il paterfamilias fa alla persona costituita sotto la sua potestà, e che in conseguenza della di lui morte non è per ricadere in potestà di altri, prevedendo il caso, che detta persona sia per morire impubere, e così nell' incapacità di fare testamento*** (*Instit. pr., h. t.; cost.* 9, *Cod. h. t.*). Tal sostituzione introdotta dalla consuetudine (fr. 2 *pr., Dig. h. t.*). sanzionata dalla legge Decemvirale, ebbe l'intendimento di sottrarre il figlio di famiglia all'eventualità di morire senza eredi testamentari: fu adoperata eziandio in odio dei più prossimi congiunti del pupillo, che gli sarebbero succeduti *ab intestato*; e qualche *paterfamilias* pensò con la medesima di sottrarre il proprio figlio alle insidie dei congiunti medesimi, dappoichè per la esistenza di un testamento fatto da lui pel figlio, perdevano essi la speranza di succedere *ab intestato* a quest'ultimo, e per conseguenza perdevano ogni interesse ad attentare alla sua vita.

§ 642. La sostituzione pupillare è anch'essa un'istituzione

condizionale, perocchè sia fatta sotto la condizione, che il figlio muoia prima di essere divenuto pubere; è essa pure una istituzione posta sotto un'altra principale, poichè il *paterfamilias* non può farla, se non che come un accessorio del proprio testamento; è subordinata all'istituzione principale, di cui seguita la sorte. Può venire considerata come un testamento, il quale il *paterfamilias* testando per sè, fa ancora pel figlio, supplendo così all'impotenza di costui di farlo da per sè (fr. 2, *Dig. h. t.*). Il perchè nelle nostre Fonti si dice, che è un testamento su due eredità: *unum testamentum et duarum hereditatum* (*Instit.*, § 2, *h. t.*; fr. 2, § 4; fr. 16, § 1, *Dig. h. t.*). Vero è bene che è in facoltà del *paterfamilias* ordinare la sostituzione, con un testamento separato e distinto dal proprio (fr. 20, § 1; fr. 16, § 1, *Dig. t. h.*), ma questo secondo testamento, sebbene debba avere tutte le formalità ordinarie, e comunque possa essere fatto ad un intervallo di tempo dal primo, in realtà è un accessorio di quello (fr. 2, § 3, fr. 38, § 2, *Dig. de vulg. et pup. substit.*, XXVIII, 6). A Roma quando il *paterfamilias* faceva testamento per sè e pel figlio in un solo e medesimo atto, soleva sigillare quella parte in cui stava scritta la sostituzione pupillare, ed ordinava che questa fosse aperta soltanto al verificarsi del bisogno di conoscere la persona sostituita pupillarmente. Per cotal guisa si ovviava al pericolo, che la persona sostituita al pupillo, conoscendo che dalla morte del medesimo dipendeva l'acquisto a proprio favore della eredità di lui, non gli attentasse alla vita (*Instit.*, § 3, *h. t.*; Gajo, II, 181). Allorquando il padre fa testamento per sè in un atto, e pel figlio in altro atto diverso e separato, nel primo atto deve nominare l'erede per sè, nel secondo pel figlio; ma se testa per sè e pel figlio in un solo e medesimo atto, ha facoltà di tenere ancora l'ordine inverso (fr. 2, § 4, 7; fr. 16, § 1, *Dig. h. t.*). In qualunque caso per altro, la sostituzione pupillare essendo considerata come una parte del testamento paterno, presuppone necessariamente che il *paterfamilias* muoia istituendo per testamento un erede; in altri termini il *paterfamilias* non può sostituire pupillarmente al figlio, se muore *ab intestato* (fr. 2, fr. 38, *Dig. h. t.*; *Instit.*, § 5, *eod.*; Ulp., XXIII, 9).

§ 643. *Fondamento* della sostituzione pupillare è la patria potestà: *causa*, l'impubertà del figlio, e la sua conseguenziale incapacità a testare da per sè.

a) *Fondamento* della sostituzione pupillare essendo la patria potestà, non hanno facoltà di sostituire pupillarmente:

1° La madre; essa ha per altro, facoltà di sostituire volgarmente ai figli (*Instit. pr., h. t.;* fr. 2,, *Dig. de vulg. et pup. substit.,* XXVIII, 6).

2° Il padre non può sostituire pupillarmente ai figli *emancipati* (fr. 2 *pr., Dig. eod.*) o naturali.

3° L'avo non può sostituire pupillarmente ai nipoti, se dopo la sua morte sono per ricadere nella potestà del padre loro. Tuttavolta la *lex Junia Velleja* ordinò, che se l'avo istituisca o diseredi il nipote, possa ancora pupillarmente sostituirgli, secondo la formula della *lex Velleja* (fr. 2, *Dig eod.*).

b) Causa della sostituzione pupillare essendo l'*impubertà* del figlio, la sostituzione non può essere estesa oltre gli anni della medesima, e se estesa vi fosse, cesserebbe al cessare di quella (fr. 14, *Dig. h. t.*); ma può essere limitata ad un tempo più breve (fr. 21, *Dig. eod.*) per esempio a dieci anni.

§ 644. La sostituzione pupillare, essendo un testamento che il *paterfamilias* in conseguenza della sua *patria potestas*, ha diritto di fare per l'impubere, ne consegue:

1° che la persona la quale ha diritto di sostituire pupillarmente, può nominare un erede per tutti i beni dell'impubere, senza distinzione di loro provenienza, sieno cioè paterni o materni (fr. 10, § 5, *Dig. h. t.*). Ma l'arrogatore ha facoltà di sostituire pupillarmente all'arrogato, soltanto per quei beni che gli trasferì, o trasmette (fr. 10, § 6, *Dig. eod.*):

2° che quegli il quale sostituisce pupillarmente, non è obbligato a nominare a sè come erede, la persona alla quale sostituisce. Esempigrazia il *paterfamilias* ha facoltà, ricorrendo giuste ragioni di diseredazione, di diseredare il figlio, e tuttavia di sostituirgli pupillarmente (fr. 1, § 2; fr. 10, § 3, *Dig. h. t.; Instit.,* § 4, *h. t.*), ed in tal caso il sostituito acquisterà il patrimonio che il pupillo ebbe per parte della madre, o di estranei:

3° che il sostituente può sostituire chi vuole, purchè il sostituito sia persona capace (fr. § 2, *Dig. eod.*). Cosicchè egli non è obbligato ad avere riguardo agli eredi legittimi, p. e., alla madre (fr. 8, § 5, *Dig. de inoff. testam.,* V, 2).

§ 645. Effetto della sostituzione pupillare, è di fare acquistare al sostituito, tutto quanto compone il patrimonio del pupillo

nel giorno della sua morte, ed escludere gli eredi *ab intestato* (*Instit.*, § 4, *de pup. substit.*, II, 16; fr. 6; fr. 11, *Dig. eod.*; *cost.* 7, *Cod. de imp. et al. substit.*, VI, 26). Ciò nonpertanto qualora taluno sia stato sostituito a più figli impuberi insieme, il sostituito non acquista l'eredità loro, se non dopo la morte dell'ultimo di essi, perocchè alla morte di uno di costoro, gli altri come fratelli germani gli succedono a preferenza del sostituito (*costit.*, 10, *Cod. de impub. et al. subst.*, VI, 26). Può avvenire, che il sostituito pupillarmente sia stato istituito erede ancora dal sostituente; se in tal caso egli ha adito l'eredità del sostituente, non può poi rifiutare l'eredità del pupillo (fr. 59, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2). Essendo più le persone sostituite pupillarmente, esse succedono secondo le regole ordinarie proprie dei coeredi; ma se il sostituente le istituì eziandio come proprî eredi, si presume che debbano consuccedere nell'eredità del pupillo, nel modo stesso in cui furono istituite dal sostituente nella sua eredità (*Instit.*, § 7, *h. t.*; *cost.* 11, *Cod de impub. et al. substit.*, VI, 26).

§ 646. La sostituzione pupillare espressa, implicitamente contiene la sostituzione volgare, insomma la espressa pupillare contiene la tacita volgare, appunto come vedemmo che viceversa la espressa volgare comprende la tacita pupillare (fr. 4, *Dig. h. t.*; *cost.* 3, *Cod. de hered. instit.*, IV, 24). Se non che vuolsi avvertire essere una semplice presunzione l'estensione di una di queste sostituzioni all'altra: presunzione che dovrebbe cedere alla prova in contrario, e specialmente alla dichiarazione del testatore in senso opposto (*cost.* 4, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26). Vivente la madre del pupillo, l'equità osta ad applicare la presunzione, che l'espressa volgare comprende la tacita pupillare (*cost. ult.*, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26).

§ 647. La sostituzione pupillare non ha effetto:

a) quando l'impubere giunge alla pubertà,

b) o decorre il tempo stabilito dal testatore, se questi limitò la sostituzione ad un tempo più breve dell'impubertà (fr. 14; fr. 21, *Dig. h. t.*; *Instit.*, § 8, *eod.*).

c) Se l'impubere prima della morte del testatore muore, o esce dalla sua potestà (fr. 17, § 1, *Dig. de adopt.*, I, 8; fr. 41, § 2, *Dig. h. t.*).

d) Se il testamento paterno diviene invalido: perchè la sostituzione pupillare essendo un accessorio di quello, seguita le sorti

del medesimo (*Instit.*, § 5, *h t.*). Nulladimeno, ove il sostituente avesse istituito erede il pupillo, la sostituzione varrebbe, comunque il figlio succedesse non *ex testamento*, bensì *ab intestato* (fr. 2, § 1, *Dig. h. t.*). Per la Novella 115, cap. 3 (che derogò al diritto Antico, fr. 8, § 5, *Dig. de inoff. testam.*, V, 2), rimane valida la sostituzione pupillare, nonostante che il testamento paterno venga dichiarato inofficioso.

c) *Sostituzione quasi-pupillare.*

§ 648. La sostituzione quasi-pupillare (così detta perchè analoga alla pupillare, chiamata anche *esemplare* e *giustinianea* perchè introdotta ad esempio di quella, da Giustiniano) è: ***una istituzione di erede, fatta dal padre o dalla madre, o da un ascendente paterno o materno, nelle sostanze del figlio o discendente, furioso o mentecatto, pel caso che egli morisse in quello stato di alienazione mentale*** (*Instit.*, § 1, *de pup. substit.*, II, 16; *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26). Nelle idee dei Romani il fondamento di questa sostituzione era la carità, l'affetto degli ascendenti verso i discendenti, essendochè per lei, quelli intendessero ad impedire che questi morissero senza eredi testamentari. Prima di Giustiniano, per grazia ottenuta dal Principe, si poteva sostituire al sordo-muto ed al furioso (fr. 43, *Dig. de vulg. et pupill. substit.*). Ancora la quasi-pupillare è una istituzione *condizionale*, perchè fatta sotto la condizione, che il discendente muoia senza aver ricuperato il bene dell'intelletto; ed è una istituzione collocata secondariamente sotto una istituzione principale, conciossiachè all'ascendente non è dato farla, se non come un accessorio del proprio testamento. Differisce la sostituzione pupillare dalla quasi-pupillare in questo:

a) Che la sostituzione pupillare si fonda sulla *patria potestà* del sostituente, la *quasi-pupillare* invece sulla sua qualità di *ascendente*. Laonde mentre vedemmo, che sostituire pupillarmente può il *paterfamilias* soltanto, qualunque ascendente sì della linea paterna come della materna, può sostituire quasi pupillarmente.

b) Che la sostituzione pupillare può farsi ancora al discendente diseredato, la quasi-pupillare può farsi soltanto al discendente istituito almeno nella legittima.

c) Che pupillarmente si può sostituire chi si vuole, quasi pupillarmente invece deve sostituirsi il più prossimo congiunto del figlio o discendente.

d) Che la sostituzione pupillare avendo per causa l'impubertà, la quasi-pupillare l'alienazione mentale, quella cessa con gli anni, questa al cessare della malattia.

§ 649. Sono estremi della sostituzione quasi-pupillare i seguenti:

1° Che la persona cui si sostituisce, sia un figlio, o un discendente erede legittimo (*cost.* 9, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26).

2° Che la persona, la quale sostituisce, sia un ascendente, senza distinzione fra linea paterna e materna, e senza curare se abbia o no patria potestà, se sia congiunto in un grado prossimo o remoto.

3° Che la malattia dalla quale è travagliato il figlio o discendente, sia continua, senza lucidi intervalli, e duri fino alla morte: perocchè se il demente recupera la ragione, potendo far testamento, cade la sostituzione (*cost.* 9, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26).

4° Che il discendente cui si sostituisce, non avesse fatto in precedenza all'alienazione mentale, alcun testamento (*Instit.*, § 1, *quib. non est permis. test. fac.*, II, 12; *cost.* 9, *Cod. qui testam. fac. poss.*, VI, 22).

5° Che il discendente cui si sostituisce, sia stato istituito almeno nella legittima (*Instit.*, § 1, *de pupill. substit.*, II, 16; *cost.* 7, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26).

6° Che il sostituito sia il figlio o altro discendente del furioso, o in mancanza di discendenti, sia un fratello germano o un figlio di tal fratello (*cit. cost.* 9, VI, 26).

§ 650. Qualora più ascendenti premorti al furioso, avessero tutti sostituito quasi pupillarmente al medesimo, è dubbio quale delle più sostituzioni prevalga. Nelle Fonti del nostro diritto tal questione non è risoluta, e gli interpreti tentando risolverla, sono andati in diverse sentenze. Vi ha chi pensa, che la sostituzione paterna dovrebbe sempre prevalere. Altri vorrebbe accordata preferenza alla sostituzione dell'ascendente defunto l'ultimo, e non manca chi sostiene, che la sostituzione di ogni ascendente, valga per quei beni che lascia al furioso. Ma sono

queste risoluzioni tutte più o meno arbitrarie, perchè, ripetesi, i testi tacciono su questo argomento (vedi *Instit.*, § 1, *de pup. substit.*, II, 16, *cost.* 1, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26).

§ 651. La sostituzione quasi-pupillare non ha effetto:

1° Cessando la malattia dell' alienato di mente.

2° Premuorendo egli al testatore.

3° Premuorendo all' alienato il sostituito.

§ 652. Le leggi Romane accordano molti privilegi ai militari, per riguardo alle sostituzioni; infatti:

1° I militari possono sostituire pupillarmente senza testare in precedenza per sè, attalchè la loro sostituzione pupillare vale, sebbene il loro testamento sia invalido (*cost.* 8, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26).

2° Hanno facoltà di sostituire pupillarmente, non solo ai figli costituiti sotto la loro potestà, ma ancora agli estranei da essi istituiti (fr, 28, *Dig. de testam. milit.*, XXIX, 1).

3° Possono sostituire pupillarmente ai loro figli quanto ai beni, che loro lasciano, per oltre gli anni dell' impubertà (fr. 41, § 4, *Dig. de testam. milit.*, XXIX, 1; *cost.* 8, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26).

4° Possono sostituire eziandio nel caso, che l'istituito fosse stato erede, senza che perciò la sostituzione rivesta il carattere di restituzione fedecommessaria, il quale rivestirebbe pei pagani (fr. 15, § 4, *Dig. de testam. milit.*, XXIX, 1; *cost.* 8, *Cod. de impub. et al. substit.*, VI, 26). Ma alla sostituzione fatta *jure militari*, vale a dire con questi privilegi, non è applicabile la regola, che la volgare tacita è compresa nella pupillare espressa (*cit. cost.* 8, *Cod.*, VI, 26).[1]

[1] Il testatore per assicurarsi dell' esecuzione delle sue ultime volontà, nomina talora *un esecutore testamentario*. I Romani solevano raccomandare l' esecuzione dei testamenti agli *eredi fiduciari*, ma talora incaricavano alcuno di aver cura dell' adempimento delle medesime, senza rivestirlo della qualità ereditaria. Qualche esempio di quest' uso, assai limitato, occorre nei fr. 12, § 4, e fr. 14, § 2, *Dig, de relig. et sumpt. funer.*

Il Codice nostro ha molte disposizioni relativamente agli esecutori testamentari, ossia a quelle persone specialmente destinate dal testatore a procurare che sieno eseguite le sue ultime volontà. Il testatore può nominarne uno, o più (art. 903). Chi non può contrarre obbligazioni, non può essere esecutore testamentario (art. 904). Il minore non può esserlo neppure con l' autorizzazione del padre, del tutore, o del *curatore* (art. 905): dunque neppure se è emancipato.

I diritti dell' esecutore testamentario sono:

a) di intervenire in giudizio per sostenere la validità del testamento (art. 908, capoverso 3).

b) fare con gli assegnamenti ereditari tutte le spese necessarie per l' ap-

§ 653. Dalle *sostituzioni*, delle quali abbiamo ora parlato, importa distinguere le *restituzioni*, che si verificano nei fedecommessi. Nelle *sostituzioni*, il testatore istituisce erede direttamente una data persona, e pel caso in cui *heres non erit*, ne istituisce in secondo grado un'altra, ma sempre direttamente: oppure fa testamento per chi non potrebbe farlo. Nelle *restituzioni* invece, l'emolumento che si vuol in altri trasmettere, *non si trasmette direttamente*, ma si conferisce ad una persona intermedia, incaricandola di restituirlo alla persona designata. Ciò nonostante nelle Fonti del nostro diritto, eziandio le restituzioni fedecommessarie sono chiamate *sostituzioni*; ma per distinguere dalle *fedecommessarie* le vere sostituzioni, queste ultime si chiamano *sostituzioni dirette.* [1]

posizione dei sigilli, per l'inventario e rendimento di conti, e le altre indispensabili per l'esercizio delle loro funzioni (art. 911).

c) ritenere il possesso (*naturale*, ossia *detenzione*) di tutti o di una parte soltanto dei *beni mobili*, se il testatore glielo ha conceduto per testamento; ma tale possesso non può mai oltrepassare *un anno*, computabile dal giorno della sua morte (art. 906). Ma l'erede può fare cessare il detto possesso, offrendosi pronto a consegnare all'esecutore testamentario *una quantità di danaro* bastante al pagamento dei legati di beni mobili, o *giustificando d'averli soddisfatti*, od *assicurandone il pagamento* nei modi e tempi voluti dal testatore (art. 907).

Gli obblighi dell'esecutore testamentario sono:

a) Di fare apporre i sigilli, quando fra gli eredi vi sieno minori, interdetti o assenti, od un corpo morale.

b) Fare stendere l'inventario dei beni dell'erede, in presenza dell'erede presunto, e dopo averlo citato.

c) Far istanza per la vendita dei mobili, se non vi ha danaro bastante per soddisfare i legati.

d) Vigilare affinchè il testamento sia eseguito.

e) Spirato l'anno dalla morte del testatore, render conto della sua amministrazione (art. 908).

Le attribuzioni degli esecutori testamentari non passano ai loro eredi; sono *personali* (art. 909).

Se vi sono più esecutori testamentari che hanno accettato, uno solo può agire in mancanza degli altri; ma sono *tenuti in solido* a render conto *dei beni mobili loro affidati*, purchè il testatore non abbia diviso le loro funzioni, e ciascuno di essi non siasi ristretto a quella che gli fu attribuita (art. 910).

[1] Il Codice proibisce le restituzioni o sostituzioni fedecommessarie, e considera come sostituzione fedecommessaria; qualunque disposizione con la quale l'erede o il legatario è gravato, con qualsivoglia espressione, di *conservare* e *restituire* ad una terza persona (art. 899).

Per altro la *nullità* della sostituzione fedecommessaria non reca pregiudizio alla validità dell'istituzione d'erede o del legato a cui è aggiunta. Ma sono prive di effetto tutte le sostituzioni (*fedecommessarie*) anche di primo grado (art. 900). La disposizione per la quale si dichiara la *nullità* della sostituzione fedecommessaria, senza pregiudizio della validità dell'istituzione d'erede, a cui è aggiunta, è molto meno severa della disposizione dell'articolo 896 del Codice Napoleone; il quale vuole la *nullità di tutta la disposizione*, forse perchè non potendosi seguitare in tutto la volontà del testatore, la volle in tutto trascurata.

La disposizione nostra è poi coerente al principio che le condizioni con-

CAPITOLO V.

LIMITI ALLA LIBERTÀ DI TESTARE.

§ 654. Benchè sia incontrastabile il diritto in ogni cittadino di disporre delle sostanze, che gli appartengono, e di disporne eziandio per dopo la propria morte, la ragione consiglia, l'utilità pubblica comanda, la morale approva, che quella facoltà di disporre sia ristretta dentro certi confini. E le legislazioni più famigerate di tutti i tempi, hanno provveduto al bisogno di limitare la libertà assoluta del testatore, affinchè con tristo esempio non si vedessero beneficate persone immeritevoli, a pregiudizio di quelle, che per vincoli di sangue o di affetto dovevano esserlo di preferenza a chiunque altro. Con questo intendimento le leggi stabiliscono;

I. Quali persone sieno incapaci di esser istituite eredi dal testatore.

II. Quali persone debbono essere dal testatore espressamente istituite eredi, o espressamente diseredate.

III. Quali persone abbiano diritto ad avere una porzione dei beni del testatore.[1]

trarie alle leggi si considerano, nei testamenti, come non scritte o non apposte (art. 849) e consuona con le disposizioni della legge Toscana del 23 febbraio 1789 (art. 8). In questa materia di sostituzioni il Codice ha regolato le donazioni come i testamenti (art. 1073), infatti la nullità della sostituzione non nuoce alla donazione.

Per evitare che delle sostituzioni fedecommessarie larvate abbiano effetto, l'articolo 901 prescrive che la disposizione con la quale è lasciato l'usufrutto o altra annualità a più persone successivamente, ha soltanto effetto a favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testatore (concorda l'art. 1074).

L'articolo 902 permette per altro, di stabilire annualità da convertirsi in perpetuo o a tempo, in soccorsi all'indigenza, in premio alla virtù o al merito, od in altri oggetti di pubblica utilità, quantunque nella disposizione sieno chiamate persone di una data qualità, o di determinate famiglie.

[1] I limiti che il Codice ha apposto alla libertà di testare sono i seguenti:

1° Ha dichiarato alcune persone *incapaci* di ricevere per testamento, e di altre ha *limitato* la *capacità* di ricevere, attalchè il testatore non può trasmettere ad esse, o cosa alcuna o quanto vorrebbe.

2° Ha limitato nel testatore la disponibilità dei suoi beni per testamento ad una certa porzione, (*porzione disponibile*), riservando l'altra porzione ad alcune determinate persone cui l'ha deferita come *porzione legittima*.

3° Non ha il nostro Codice imposto al testatore l'obbligo di istituire alcuno, e neppure quelle persone cui spetta per legge la porzione legittima; ma ha vietato al testatore di privarle di quella porzione per qualunque ra-

I. PERSONE INCAPACI DI ESSERE ISTITUITE EREDI.

(*Instit.*, lib. II, tit 14, *de heredibus instituendis; Dig.*, lib. XXVIII, tit. 5, *de heredibus instituendis; Cod.*, lib. VI, tit. 24, *de heredibus instituendis, et quæ personæ heredes institui non possunt.*)

§ 655. Non tutte le persone sono capaci di essere istituite eredi; alcune hanno quella incapacità *assoluta*, altre *relativa*.

gione, non ha dunque imposto la istituzione di alcuno erede, ma ha *vietato* la *diseredazione*.

In questa nota ci limitiamo a descrivere quali persone sieno incapaci di ricevere per testamento, e quali abbiano limitata questa capacità a ricevere.

Nel diritto Romano si distingueva la *mancanza* della *testamentifazione passiva*, dalla *indegnità;* ed in una data epoca la mancanza della *capacitas* o dell'*jus capiendi*, fu cosa diversa dalla mancanza della testamentifazione passiva, e dall'*indegnità*.

a) Mancavano della testamentifazione passiva specialmente coloro che non potevano essere istituiti eredi in un testamento. o figurarvi come legatari. Il testamento nel quale erano istituiti coloro che mancavano della testamentifazione passiva non era *jure perfectum*, e però non rompeva un testamento anteriore: le istituzioni ed i legati a favore di chi non aveva testamentifazione passiva, si consideravano come se non fossero scritti, *non consistebant* (fr. 3, *Dig. de his quæ pro non scriptis habentur*).

b) Non potevano invece, ricevere o ritenere l'eredità o il legato loro deferito per testamento, o l'eredità deferita per legge, gli *indegni*. *L'indegnità* era una idea adattabile tanto all'eredità testamentaria, quanto alla legittima; essa aveva per effetto ora l'impossibilità di *ricevere*, ora di *ritenere* (vedi il *Dig.* al *Tit. de his quæ ut indign. auf.*, e il titolo stesso nel *Codice*). *Ereptitium* si chiamava ciò che era tolto all'indegno, e che andava invece al fisco o ad altre persone.

c) Mancavano della *capacitas* o *dell'jus capiendi*, i *latini Juniani*, i *celibi*, ed in parte gli *orbi*. Costoro potevano essere istituiti (come potevano esserlo gli indegni), ma non potevano *capere*, ossia non potevano avvantaggiarsi dell'eredità o del legato (o della metà, se *orbi*) ove dentro i 100 giorni, respettivamente non avessero acquistato la cittadinanza o non avessero avuto un figlio. Ciò che era stato loro lasciato diveniva *caducum*, e si acquistava dai coeredi o collegatari che fossero *patres*, od altrimenti dal fisco. Ma i legati loro lasciati o le istituzioni a loro favore non erano nulli *ab initio*, non si consideravano come se fossero *non scritti:* il testamento in cui erano scritti era *jure perfectum*, e poteva rompere un testamento anteriore. Mentre la testamentifazione passiva si esigeva in tre momenti: 1° nel momento in cui il testamento era fatto, 2° nel momento della *delazione*, fino al 3° momento, dell'acquisto o *adizione* dell'eredità, l'*jus capiendi* bastava che esistesse al momento della delazione dell'eredità o del legato, o nei 100 giorni susseguenti (vedi MACHELARD, *Droit d'accroissement*, cap. 2, § 1). Tutte queste sottili distinzioni del diritto Romano sono sparite pel Codice nostro. Il nostro Codice si limita a distinguere la *capacità di succedere nelle successioni legittime*, e la *capacità di ricevere per testamento*.

A) Dichiara *incapaci di succedere* nelle successioni *legittime:*

1° Coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti.

2° Coloro che non sono vitali; dichiarando nel dubbio doversi presumere vitali, i nati vivi (art. 724);

§ 656. Incapaci assolutamente, erano:

1° I servi *propri*, se nell'atto dell'istituzione, non erano stati manomessi. Giustiniano, contro l'opinione del maggior numero fra gli antichi giureconsulti (Gajo, II, 185, 187; Ulp., XXII, 7 e 12), ordinò, che si considerasse come implicitamente manomesso quel servo, che il padrone aveva istituito erede; la sua istituzione in erede implica dunque, dopo Giustiniano, una manomissione testamentaria (*Inst. de hered. instit.*, II, 14; *cost.* 5, *Cod. de neces. serv.*, VI, 27). Secondo Ulpiano, non era lecito istituire se non che i servi, dei quali si aveva la proprietà quiritaria;

E come *indegni*, colloca fra gli *incapaci di succedere* (art. 725);

1° chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta;

2° chi l'avesse accusata di reato punibile con pena criminale, quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio;

3° chi l'avesse costretta a far testamento od a cangiarlo;

4° chi l'avesse impedita di far testamento o di revocare il già fatto, o avesse soppresso, celato, od alterato il testamento posteriore.

B) Dichiara incapaci di *ricevere per testamento* coloro che sono *incapaci di succedere per legge*.

Possono però ricevere per testamento i *figli immediati* di una *determinata persona*, *vivente* al tempo della morte del testatore, quantunque *non sieno ancora concepiti* (art. 764). Ricordiamo che le donazioni in favore *dei nascituri* da una *determinata persona vivente*, possono essere accettate dal padre, dalla madre, dall'avo o da qualunque altro degli ascendenti (art. 1059); e che non possono essere impugnate per *mancanza di accettazione*, le donazioni fatte in riguardo di un futuro matrimonio, a favore della prole *nascitura dagli sposi* (art. 1062, capoverso).

Da questi articoli (764, 1059, 1062) resulta che il Codice nostro trattandosi di donazioni e di testamenti, non richiede che la persona a cui favore si testa o si dona, sia concepita nel momento della donazione, o nel momento almeno della morte del testatore. Ora siccome al momento della donazione il donante si spoglia attualmente della proprietà della cosa donata che passa subito nel donatario, ed al momento della morte del testatore, l'eredità è deferita allo erede: anzi siccome, secondo il Codice nostro, il possesso dei beni passa di diritto nella persona dello erede senza bisogno di materiale apprensione, così parrebbe che pel sistema del Codice si potesse verificare la singolarità che per legge fosse operato un passaggio di proprietà o di possesso a favore di persona la quale non è neppure *in rebus humanis*, *in natura*, perchè non ancora *concepta*, non *in utero*: attalchè sembrerebbe potesse esservi un tempo in cui la proprietà non risieda nel donante, che se ne'è spogliato attualmente (art. 1050, 1062) o nel testatore, che è morto, e neppure nel donatario o nell'erede che non sono *in rebus humanis*.

Si risponderà che il legislatore permettendo che ricevano per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non sieno ancora concepiti (art. 764) e permettendo le donazioni a favore dei nascituri da una determinata persona vivente (art. 1059, o a favore della *prole nascitura dagli sposi* (art. 1062), ha inteso che quelle disposizioni testamentarie e queste donazioni si debbano considerare come subordinate alla *condizione sospensiva* della nascita in stato di vita e di vitalità dell'onorato nel testamento, e del beneficato nella donazione; e l'art. 860 combinato con l'articolo 857 conferma questo concetto. Ma ciò nonpertanto egli è innegabile che i diritti, sieno pure sottoposti a condizioni, debbono avere un subietto, una persona cioè a cui favore sieno costituiti, e chi non è

e Gajo ricorda un senatusconsulto, che proibiva di istituire erede il servo proprio, che non aveva 30 anni (ULP., XXII, 8; GAJO, II, 276). Le Istituzioni Imperiali avvertono, che *servo proprio* è anche il servo di cui il testatore ha la nuda proprietà ed un altro l'usufrutto (*Instit. pr., de hered. instit.*, II, 14; fr. 25, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 9, § 29, *Dig. h. t.*). In qualunque caso poi, la istituzione del servo proprio in erede, e la conseguenziale manomissione, non dovevano essere intese a sottrarre il servo alla tortura. Per questa ragione Severo ed Antonino annullarono la istituzione di un servo, accusato di adulterio con la sua

concepito non può avere nè diritti puri, nè diritti sottoposti a condizione. Aggiungasi che le disposizioni del Codice, che rivediamo, hanno poi per conseguenza di immobilizzare una massa di beni, posti sotto amministrazione, in attenzione del purificarsi della condizione: evento che può farsi attendere molto lungamente; onde è evidente che lasciando da parte la ineleganza giuridica di siffatte disposizioni del Codice, esse sono senza meno contrarie ai più savi principii economici. A queste critiche non va sottoposto il Codice Civile francese (vedi l'art. 906 del Cod. Nap.), nè il diritto Romano (fr. 3, *Dig. de bon. poss.*, fr. 7 e 26, *Dig. de statu homin.*; fr. 6, *Dig. de suis et legit. hered.*; fr. 1, § 1, *Dig. unde cognati; Instit.* § 8, *de hered quæ ab. int.*; ULPIANO, XXII, 19), perocchè ambedue queste legislazioni rispettano la regola di ragione naturale: che chi ancora non esiste, non può aver diritti, *nihili nullæ sunt proprietates*.

Le persone che il Codice dichiara incapaci di succedere come *indegne*, sono dal medesimo dichiarate incapaci ancora di acquistare per testamento (art. 764). Ma i discendenti dell'indegno nel caso di testamento hanno sempre diritto alla legittima che sarebbe spettata all'escluso. Così per l'articolo 765 (che in sostanza concorda col fr. 31, *Dig. de inoff. testam.* e col fr. 7, *Dig. de his qui sui vel alieni jur. sunt.*).

L'indegnità del genitore o ascendente non nuoce nella successione legittima, ai suoi figli o discendenti, sia che succedano per ragione propria, sia che succedano per rappresentazione (art. 728).

Chi fosse incorso nell'indegnità, può essere ammesso a *succedere* e ad *acquistare*, quando la persona della cui eredità si tratta, ve lo abbia espressamente abilitato con atto autentico, o con testamento (art. 726 e 766).

Chi fu escluso come indegno, è obbligato a restituire tutti i frutti e proventi, dei quali avesse goduto dopo aperta la successione (art. 727 e 766).

Il genitore escluso come indegno, non ha sulla parte dell'eredità devoluta ai suoi figli, i diritti di usufrutto e di amministrazione che la legge accorda ai genitori (art. 728 capoverso e art. 766).

Abbiamo adesso trattato dell'*incapacità assoluta* a ricevere per testamento in conseguenza dell'*indegnità*; rimane ad indicare quali persone sebbene *non indegne*, non *possono ricevere per testamento*, e così a quali persone non possa il testatore trasmettere la sua eredità od un legato.

1° L'articolo 830 dichiara *nulla ogni disposizione* fatta a favore di persona che sia *incerta* in modo da non potere essere determinata (concorda ULPIANO, XXII, 4. *Instit.* § 25 a 28, *Tit. de legatis*, ed il *Cod. Giust. al tit. de incertis personis*). Il perchè le disposizioni *per l'anima*, o a *favore dell'anima, espresse generalmente*, sono *nulle* (art. 831). Ma le disposizioni a favore *dei poveri*, od *altre simili* espresse *genericamente*, senza che sia determinato l'uso l'opera pia, o il pubblico istituto in cui favore sieno fatte, o quando la persona incaricata dal testatore di determinarlo non possa o non voglia accettare l'incarico, s'intendono fatte in favore dei poveri del luogo ove il testatore aveva domicilio al tempo di sua morte, e sono devolute all'istituto locale di carità

padrona (*Instit. pr., de hered instit.*, II, 14; fr. 48, § 2, *Dig. h. t.*, XXVIII, 5), perocchè il servo per l'istituzione divenendo libero, come uomo libero non avrebbe potuto essere torturato. I *servi altrui* potevano essere istituiti, quando si fosse potuto istituire erede il loro padrone, essendochè la istituzione dei medesimi, si reputava come una disposizione mediata a favore del padrone loro, pel quale acquistavano (ULP., XXII, 9; fr. 31, 52, *Dig. h. t.*, XXVIII, 5; *cost.* 10, *Cod. eod.*, VI, 24). Per *servo altrui* si intendeva ancora quello del quale il testatore avesse avuto l'usufrutto (*Instit. pr., h. t.*; fr. 25, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 1, *Dig. de usufr.*, VII, 1).

(art. 832 col quale concordano le *cost.* 24 e 49, *Cod. de episcop. et cleric.*)

2° L'articolo 833 dichiara *nulle le disposizioni ordinate* al fine di istituire o dotare benefizi semplici, cappellanie laicali, od altre simili fondazioni, appunto come l'art. 1075 dichiara nulle le donazioni ordinate a questi stessi fini.

3° L'articolo 834 mentre dichiara *nulla ogni disposizione* fatta a favore di persona *incerta da nominarsi da un terzo*, riconosce valide la disposizione a *titolo particolare* in favore di persona *da scegliersi da un terzo fra più persone determinate* dal testatore, od appartenenti a famiglie o corpi morali da lui determinati, come pure valida la disposizione a *titolo particolare* a favore di uno o più corpi morali determinati dal testatore. Relativamente alle disposizioni a *titolo particolare* il Codice dunque, seguita i principii del diritto Romano (GAIO, II, § 238; fr. 24, fr. 67, § 7; fr. 77, § 4; *Dig.*, *de legatis*, II; fr. 7, § 1; *Dig de rebus dubiis*). Oltre delle *incapacità assolute* a ricevere per testamento, il Codice stesso sanziona delle *incapacità relative*. Tali sono le seguenti:

1° Sono soltanto capaci di conseguire *gli alimenti* i figli del testatore nati fuori di matrimonio, dei quali non è ammesso il riconoscimento legale (art. 767 meno severo delle *cost.* 6 e 7 *Cod. de incest. nupt.* e *Nov.* 12 *pr., cap.* 1).

2° I figli naturali non legittimati, se vi sono discendentii o ascendenti legittimi del testatore, sono incapaci di ricevere per testamento più di quanto la legge attribuisce loro per successione intestata (art. 768).

3° Il tutore non può mai approfittare delle disposizioni testamentarie del suo amministrato, fatte prima dell'approvazione del conto definitivo, quantunque il testatore morisse dopo l'approvazione del conto. Sono però efficaci le disposizioni fatte in favore del tutore che sia ascendente, discendente fratello, sorella, o coniuge del testatore (art. 769).

4° Il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno favorito de' figli del precedente matrimonio (art. 770, col quale concordano la *cost.* 6, *Cod. de sec. nupt.* e la *Nov.* 22, *cap.* 22).

5° Non hanno effetto le istituzioni ed i legati a favore del notaio, o di altro uffiziale civile, militare o marittimo, o consolare che abbia ricevuto il testamento pubblico, ovvero a favore di uno dei testimoni intervenuti al medesimo(art. 771).

6° Sono parimente prive di effetto le istituzioni ed i legati a favore della persona che ha scritto il testamento segreto, salvo che la disposizione sia approvata di mano dello stesso testatore o nell'atto della consegna. Così l'articolo 772, riproducendo alcune delle disposizioni contenute nel senatusconsulto Liboniano (vedi il *Dig.* al *Tit. de lege Cornelia de falsis et de SC. Lib.*)

Le disposizioni testamentarie a vantaggio delle persone incapaci, indicate negli articoli 767, 768, 769, 770, 771 e 772 sono nulle, ancorchè vengano simulate sotto la forma di un contratto oneroso, o sieno fatte sotto nome di interposta persona. Sono reputate *persone interposte*; il padre, la madre, i discendenti, e il coniuge della persona incapace (art. 773).

Nel testo alle presenti note (§ 658) e nella nota attuale, abbiamo detto che in diritto Romano la capacità ad essere istituiti eredi doveva sussistere in tre

2° I *peregrini*, i *dedilizi*. Spariti i deditizi, incapaci rimangono i peregrini (fr. 6, § 2, *Dig. h. t.*, XXVIII, 5).

3° Tutti quelli che avevano subito la *magna capitis diminutio*, perchè privi di libertà o di cittadinanza. Diremo fra un momento quali persone in gius Nuovo, a titolo di pena sieno dichiarati incapaci.

4° Le persone giuridiche (*incerta corpora*), come le corporazioni e le cause pie. Per eccezione, fu in progresso di tempo accordata ad alcune fra queste persone come privilegio speciale, la capacità di essere istituite (ULP., XXII, 6). In gius Nuovo hanno tale capacità le *chiese*, le *piæ causæ*, i *comuni*; le altre persone giuridiche l'hanno soltanto quando ne furono rivestite per speciale concessione (GAJO, II, 195; ULP., XXII, 6; XXIV, 28; fr. 20, *Dig. de reb. pub.*, XXXIV, 5; *cost.* 1, *Cod. de SS. Eccl.*, I, 2; *cost.* 49, *Cod. de ep. et cler.*, I, 3; *cost.* 8 e 12, *Cod. de hered. instit.*, VI, 24).

5° Le *persone incertæ*, vale a dire quelle che il testatore non ha presenti alla mente in un modo preciso e determinato, come se egli avesse detto: istituisco mio erede chi primo sarà console dopo la mia morte. Ma Giustiniano permise l'istituzione di quelle persone, che sebbene incerte, potessero posteriormente venire certificate (ULP., XXII, 4; *Instit.*, § 25, 28, *de legatis*, II, 20; *cost.* 49, *Cod. de episc. et cl.*, I, 3; *Cod. de incert. pers.* VI, 48).

6° I *postumi*, quelli cioè non ancora nati; erano essi considerati come *incertæ personæ*, (GAJO, II, 242). Si faceva eccezione per i *postumi sui*, cioè quelli che sarebbero stati sotto la immediata potestà del testatore. Giustiniano permise che si istituissero anche i *postumi alieni*, che in antico non potevano essere istituiti (GAJO, II, 242, 287; *Instit.*, § 28, *de legatis*, II, 20).

momenti: 1° nel momento della fazione del testamento, 2° nel momento della delazione dell'eredità, 3° nel momento dell'adizione della medesima. Pel Codice nostro basta che la capacità di ricevere per testamento, e di succedere esista nel momento della *delazione*, ossia nel momento dell'aperta eredità (argom. dall' art. 724 n. 1 e 764), e nel momento dell'*accettazione* (art. 930 e seg.). Pel diritto Romano richiedevasi la capacità ad essere istituiti eredi al momento della fazione del testamento per una ragione istorica. Infatti i testamenti si facevano in antico *per æs et libram*, mediante la *mancipatio*; era dunque necessario che l'erede, ossia l'*emtor familiæ*, fosse capace nel momento in cui il testamento si faceva, cioè nel momento della *mancipatio*. Dovendo concorrere alla *testamentifactio*, nel momento di quella doveva essere capace di figurarvi. Mutate le forme di testare, ciò nonostante come reliquia del passato, rimase nella legislazione posteriore l'antico principio, sebbene non avesse più ragione di esistere.

7° I figli dei perduelli (*cost.* 5, *Cod ad legem Juliam majest.*, IX, 8), ma agli ascendenti materni fu lecito lasciare la legittima alle figlie dei perduelli (*cit. cost.* 5).

8° Gli apostati e gli eretici (*cost.* 3, *Cod. de apost.*, I, 7; *cost.* 4 e 5, *Cod. de hæret.*, I, 5).

9° I deportati, ed i condannati a morte (*cost.* 1, *Cod. de hered. instit.*, VI, 24; fr. 13, *Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1).

10° I collegi e le corporazioni illeciti, e tali sono ancora quelli non approvati dal principe (*cost.* 8, *Cod. de hered. instit*, VI, 24).

§ 657. Oltre queste incapacità *assolute*, ve ne erano delle *relative*. Tale era in gius Antico l'incapacità delle donne. La *lex Voconia*, dell'anno 585 di Roma, proibì a qualunque cittadino, che avesse avuto in patrimonio 100,000 assi o più, di istituire erede una donna (Gajo, II, 274); disposizione intesa più presto a favorire la agnazione, che a reprimere il lusso, come taluni erroneamente pretesero. — Da questa incapacità ad essere istituiti bisogna distinguere la mancanza dell'*jus capiendi ex testamento*, ossia di acquistare per testamento. Tale diritto di *capere* mancava ai celibi ed ai *latini Juniani* (Gajo, I, 23; Ulp., XVII, § 1; XXII, 1. Era limitato per gli *orbi* alla *metà*. La *lex Julia* ordinò che nessun *celibe* potesse *capere* (acquistare per testamento); e si consideravano come *cælibes* l'uomo scapolo dai 25 fino ai 60 anni, e la donna nubile dai 20 fino ai 50, se non contraevano matrimonio dentro 100 giorni dalla istituzione (Gajo, II, 111, 144, 286; Ulp., XVII, 1; XXII, 3). Superati i 60 e respettivamente i 50 anni, per la *lex Julia* cessava quest'incapacità, ma il *senatusconsulto Perniciano* stabilì che quell'incapacità dovesse essere perpetua. Nondimeno l'uomo, che avendo superato i 60 anni, sposava una donna che non ne aveva 50, pel *senatusconsulto Claudiano*, veniva considerato come se si fosse coniugato prima dei 60 anni. Ma se una donna, che aveva compiuto i 50 anni, sposava un uomo che ne aveva meno di 60 pel *senatusconsulto Calviziano* non sfuggiva alle pene del celibato (Ulp., XVI, 3, 4). I beni lasciati per testamento ai celibi, erano dichiarati *caduca*, ed attribuiti o al fisco o a' loro eredi. La *lex Papia Poppea*, colpiva invece gli *orbi*, vale a dire coloro che non avevano figli; ordinava che potessero acquistare, *capere*, soltanto la metà di quello che era loro lasciato (Gajo, II, 286). Faceva di mestieri dunque avere

l'*jus liberorum* per *capere;* e per godere di questo *jus* l' uomo doveva avere *un figlio,* la donna ingenua *tre*, la liberta *quattro* (fr. 135 e 137, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Un coniuge senza figli, non poteva per la *lex Papia* acquistare, *capere,* dall'altro più di un decimo, del patrimonio (*decimas*) e l'usufrutto del terzo, il quale passava in proprietà, se in seguito il coniuge aveva figli da un altro matrimonio (ULP., XV, *cost.* 2, *Cod. de infirm. pœn. orbit.,* VIII, 58). Alla moglie poteva essere legata utilmente la dote; ed inoltre un figlio che moriva dopo che gli era stato imposto il nome (*post nominum diem*) abilitava i coniugi ad acquistare, *capere,* l'uno dall'altro un secondo decimo; quello fra loro che aveva dei figli viventi nati da precedente matrimonio, poteva conseguire dall'altro coniuge anche un altro decimo per ciascheduno di quei figli (ULP., XV). Le leggi *Julia* e *Papia Poppea*, chiamate comunemente *caducarie,* non si applicavano agli ascendenti ed ai discendenti fino al terzo grado, nè al *celibe,* istituito con l'obbligo di restituire i beni a persona capace di succedere; e nemmeno a chi morendo lasciava un patrimonio oberato, perchè l'istituzione fatta da quest' ultimo, lungi dal procurare all'erede un guadagno, gli cagionava uno scapito (ULP., XVIII, fr. 2, *de legatis*, II; fr. 28, *Dig. de legatis,* III; fr. 16, § 15, *Dig. ad SC. Trebell.*, XXXVI, 1; fr. 72, *Dig. de hered. instit.,* XXVIII, 5). Le pene comminate contro gli orbi ed i celibi, con lo scopo di favorire i matrimoni e la procreazione, cui ostavano i perduti costumi, furono abolite da Costantino e da Teodosio II (vedi *Cod.,* lib. VIII, tit. 58, *de infirmandis pœnis cœlibatus, orbitatis et de decimariis sublatis et* tit. 59, *de jure liberorum.*) I *latini Juniani* potevano essere istituiti eredi: mancavano, per altro dell'*jus capiendi* per testamento, qualora non avessero conseguito la cittadinanza nei 100 giorni dalla morte del testatore (GAJO, I, 23; ULPIANO, XXIII, 3.) Abolita la latinità, non si potè più parlare della mancanza dell'*jus capiendi;* e se tale espressione fu usata, non lo fu più nel senso tecnico (*Instit.*, § 4, *de hered. qualit.,* II, 19).

In gius Nuovo vi sono persone colpite d'*incapacità relativa.* Tali sono le seguenti:

1° Il principe non può essere istituito erede sotto la condizione, che continui una lite pendente fra il testatore ed un privato: *institutio principis, litis causa* (fr. 91, *Dig. de hered. instit.,* XXVIII, 5; *Instit.,* § 8, *quib. mod. test. inf.,* II, 17).

2° La vedova, che si rimarita dentro l'anno del lutto, non può essere istituita erede da un estraneo (*cost.* 1, *Cod. de sec. nupt.*, V, 9; *Nov.* 22, *cap.* 22).

3° Chi ha sposato una vedova dentro l'anno del lutto, non può ricevere da lei per testamento più della terza parte del suo patrimonio (vedi vol. I, lib. 1, § 172).

4° Il coniuge binubo non può essere istituito in più di quello che l'altro coniuge lascia ad un figlio del primo matrimonio (*cost.* 6, *Cod. de sec. nupt.*, V, 9; *Nov,* 22, *cap.* 27).

5° I figli incestuosi, non possono essere istituiti eredi dai loro genitori, nè questi da quelli, nè un genitore dall'altro (*cost.* 7, *Cod. de incest nupt.*, V, 5; *Nov.* 12, *cap.* 1).

6° I figli nati da concubinato non possono ricevere dal padre loro, che ha un discendente legittimo, più di un'oncia della sua eredità, e la loro madre dall' uomo dal quale li ebbe, più di mezza oncia (*Nov.* 89, *cap.* 12, § 2). Se poi non esistono discendenti legittimi, ma soltanto ascendenti, possono essere istituiti eredi, salva per altro la legittima agli ascendenti; e finalmente se non esistono neppure ascendenti, possono questi figli nati da concubinato, venire istituiti in tutta l' eredità (*Nov.* 89, *cap.* 12, § 3).

7° I testimoni intervenuti in un testamento, come pure coloro che sono ad essi congiunti mediante la *potestas*, hanno facoltà di ricevere un legato, ma non possono essere istituiti eredi; anzi la loro istituzione rendendoli testimoni incapaci, annullerebbe tutto il testamento (*Instit.*, § 8, 11, *de test. ord.*, II, 10; fr. 20, *Dig. qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1; *cost.* 16, § 1; *cost.* 22, *Cod. de testam.*, VI, 23). — Dalla mancanza della testamentifazione passiva, conseguenza della quale è il non potere essere validamente istituiti eredi, bisogna distinguere l'*indegnità*. Vi sono persone che possono essere istituite: l'istituzione loro non è nulla, ma la legge a titolo di pena le priva, come indegne, della successione e del legato; nel luogo dell' *indegno,* subentra allora il fisco od altra persona.

L'erede o il legatario, è dichiarato indegno, e subentra il fisco nell' eredità o nel legato:

1° se ha commesso omicidio o tentativo di omicidio contro la persona del testatore (fr. 3, *Dig. de his quæ ut indign.*, XXXIV, 9; fr. 7, § 4, *Dig. de bon. damnat.*, XLVIII, 20; fr. 9,

Dig. de jure fisci, XLIX, 14, *cost.* 10, *Cod. de his quæ*, VI, 35).

2° Se avendo attaccato il testamento come inofficioso o come falso, rimase succombente nella lite (fr. 8, § 14, *Dig. de inoff. testam.*, V, 2; fr. 5, § 1, *Dig. de his quæ ut indign.*, XXXIV, 9, fr. 13, § 9, *Dig. de jure fisci*, XLIX, 14, *cost.* 8, *Cod. de his quæ ut indign.*, VI, 35).

3° Se si è incaricato di fare pervenire segretamente o per tacito fedecommesso dei beni a persone incapaci (*Dig. h. t.*; fr. 3, § 4, *Dig. de jure fisci*; fr. 103, *Dig. de legatis*, XXX).

4° Se con violenza o con dolo ha impedito al defunto di fare testamento, o di modificare quello già fatto (fr. 1 *pr.*, § 2; fr. 2 *pr.*, *Dig. si quis aliquem*, XXIX, 6, *cost.* 1 e 2, *Cod. eod.*, VI, 34; fr. 19, *Dig. h. t.*, XXXIV, 9).

5° Se il tutore sposa la pupilla nonostante il divieto legislativo, il fisco acquista i beni che essa lascia al marito (fr. 2, § 1 e 2, *Dig. h. t.*, XXXIV, 9).

6° Se fra il defunto e l'erede o il legatario ebbe luogo un matrimonio incestuoso, o proibito a cagione di adulterio (fr. 13. *Dig. h. t.*, XXXIV, 9, *cost.* 4, *Cod. de incest. et inutil. nupt.*, V, 5.

7° Se l'erede o il legatario mossero una questione di *status* alla persona che li istituì, o li onorò di un legato (fr. 9, § 2, *Dig. h. t.*, XXXIV, 9).

8° Se l'erede o il legatario trascurarono di eseguire le disposizioni di ultima volontà, delle quali furono incaricati (*Nov.* 1, cap. 1, § 4).

9° Se l'erede o il legatario è donna, che si diede alla prostituzione (fr. 13, 14, *Dig. h. t.*, XXXIV, 9; fr. 41, § 1, *Dig. de testam. milit.*, XXIX, 1).

L'erede e il legatario vengono privati dell'eredità e del legato come indegni, ma non a favore del fisco, bensì di altre persone, nei casi seguenti:

a) Se ricusano di esercitare le funzioni di educatore, che il testatore aveva loro conferito. L'eredità che costoro avrebbero ricevuto viene attribuita ai coeredi, o ai sostituiti, o agli eredi legittimi; ed i legati vengono attribuiti alla persona che era onorata dalla prestazione dei medesimi (fr. 1, § 3, *Dig. ubi pupill. educ.*, XXVII, 2).

b) Lo stesso avviene se l'erede o il legatario non eseguiscono

la tumulazione che il defunto aveva imposto loro (fr. 12, § 4, *Dig. de relig. et sumpt. funer.*, XI, 7).

c) Se l'erede o il legatario, discendenti dal testatore si fanno scusare dalla tutela di cui erano stati incaricati; l'eredità passa ai sostituiti, ai coeredi, o agli eredi legittimi, ed il legato al pupillo (fr. 28, § 1; fr. 36 *pr.*, *Dig. de excusat.*, XXVII, 1; fr. 5, § 2, *Dig. h. t.*, XXXIV, 9).

d) Se l'erede e il legatario non eseguiscono le volontà del defunto; ciò che loro venne lasciato viene diviso fra le altre persone onorate nel testamento, ed in mancanza di queste fra gli eredi legittimi (*Nov.* 1, cap. 14).

e) Casi di indegnità relativi soltanto all'*eredità*, e nei quali, al solito, ora acquista il fisco, ora altre persone, sono questi:

Acquista *il fisco* l'eredità:

1° Se l'erede omette di denunziare l'uccisione del suo autore (fr. 5, § 3; fr. 9; fr. 15, § 2, *Dig. ad SC. Silan.*, XXIX, 5; fr. 18, § 1; fr. 21, *Dig. h. t.*, XXXIV, 9; *cost.* 1, 6, 7, 9, *Cod. eod.*, VI, 35).

2° Se durante la vita del defunto patteggiò contro il volere o ad insaputa di questo sulla eredità di lui (*cost.* 30, *Cod. de pactis.*; fr. 2 *in f.*, *Dig. h. t.*, XXXIV, 9; fr. 29, § 2; fr. 30, *Dig. de donat.* XXXIX, 5).

3° Se il testatore ha aperto il suo testamento, ed ha cancellato soltanto il nome dell'erede, ovvero ha in altra guisa revocata l'istituzione dell'erede, senza annullare tutto il testamento (*cost.* 4, *Cod. h. t.*, VI, 35; fr. 12; fr. 16, § 2, *Dig. h. t.*, XXXIV, 9).

4° Se l'erede ha nascosto o sottratto a pregiudizio dei legatari, oggetti ereditari (fr. 6, *Dig. h. t.*, XXXIV, 9).

Acquistano *altre persone* l'eredità dell'indegno:

1° Se i figli o i genitori hanno lasciato morire in schiavitù la persona cui dovevano succedere. La chiesa del luogo di nascita del defunto acquista i suoi beni (*Nov.* 115, cap. 3, § 13, cap. 4, § 17).

2° Se gli eredi del demente lo hanno trascurato, ed un'altra persona dopo averli per iscritto avvertiti ed ammoniti, ha preso cura del demente fino alla sua morte. Questo pietoso esclude quei disumani (*Nov.* 115, *cap.* 3, § 12).

3° Se i prossimi parenti eredi *ab intestato*, o i sostituiti pupillarmente del defunto, hanno trascurato di fargli nominare un

tutore, o un *curator ventris*, o un *curator furiosi* nei casi che fosse stato necessario, e la persona è morta *ab intestato;* in tal caso succedono i congiunti *ab intestato* del grado seguente (*Instit.*, § 6, *de SC. Tertull.*, III, 3; fr. 2, § 1, *Dig. qui pet. tut.*, XXVI, 6; fr. 2, § 23, 46, *Dig. ad SC. Tertull.*, XXXVIII, 17; *cost.* 8 e 11, *Cod. qui pet. tut.*, V, 31; *cost.* 3, *ad SC. Tertull.*, VI, 56; *cost.* 10, *Cod. de legit. hered.*, VI, 58).

Finalmente esistono casi di indegnità esclusivamente propri *dei legati*, nei quali i legatari vengono privati del legato, a favore di chi era onerato dalla prestazione del legato. Sono questi:

1° Allorchè i legatari sottraggono e trafugano la cosa loro legata (fr. 48, *Dig. ad SC. Trebell.*, XXXVI, 1; *cost.* 5, *Cod. de legatis*, VI, 37).

2° Allorchè dolosamente celano il testamento per defraudare l'erede dell'eredità (*cost.* 25, *Cod. de legatis*, VI, 37; *cost. un.*, § 12, *Cod. de caducis tollend.*, VI, 51).

§ 658. La capacità ad essere istituita erede, deve esistere, nella persona istituita, in *tre momenti*:

1° Nel momento della fazione del testamento.

2° Nel momento della morte del testatore, ossia della *delazione* dell' eredità.

3° Nel momento dell'acquisto, o *adizione* dell'eredità (*Instit.*, § 4, *de hered. qualit. et diff.*, II, 19). Non importa che nell'intervallo fra il primo momento ed il secondo, temporariamente quella capacità venga a mancare, perchè in questo intervallo non vi ha che una speranza per l'istituito, e nel momento in cui la speranza si realizza, egli è capace (fr. 49; fr. 59, § 4; fr. 2 *pr.*, *dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5). Ma è necessario che la capacità continui nell'istituito durante l'intervallo, che corre fra il *secondo* momento ed il *terzo*, cioè fra il momento della morte del testatore, ed il momento dell'acquisto dell'eredità (fr. 29, § 5, *Dig. de liberis et post.*, XXVIII, 2; fr. 3, § 1, *de his quæ pro non script.*, XXXIV, 8). Vuolsi avvertire, che se la istituzione fosse condizionale, non importerebbe che la capacità dell'istituito esistesse il giorno della morte del testatore, quando d'altronde essa esistesse il giorno della verificazione della condizione: perchè soltanto in questo giorno, e non in quello della morte del testatore, la speranza di essere erede si realizzerebbe (fr. 59, § 4,

de hered. instit., XXVIII, 5; fr. 6, § 2; fr. 9, § 16; fr. 50, *Dig. eod.*; fr. 16, *Dig. de manum. testam.*, XL, 4).

II. PERSONE CHE DEBBONO ESSERE NECESSARIAMENTE ISTITUITE EREDI, O ESPRESSAMENTE DISEREDATE.[1]

(*Instit.*, lib. II, tit. 13, *de exheredatione liberorum*; *Dig.*, lib. XXVIII, tit. 2, *de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*; *Cod.*, lib. VI, tit. 28, *de liberis præteritis vel exheredatis*; tit. 29, *de postumis instituendis vel exheredandis vel præteritis*.

§ 659. La legge Decemvirale dichiarando: *uti legassit suæ rei, ita jus esto,* accordava al *paterfamilias* un potere illimitato

[1] Nella nota antecedente abbiamo veduto quali sono i limiti che alla libertà del testatore impone la legge, e del primo di questi limiti abbiamo nella nota stessa trattato; in questa andiamo ad esaminare gli altri due limiti.

A) La nostra attuale legislazione Italiana limita nel testatore la disponibilità dei suoi beni ad una certa porzione (chiamata *disponibile*) riservando il resto ad alcune determinate persone, cui come *porzione legittima* è per legge deferito.

B) Inoltre mentre la legislazione stessa non impone al testatore l' obbligo di istituire alcuno, e neppure quelle persone alle quali spetta per legge la porzione *legittima*, vieta al testatore di privarle di questa porzione per qualsiasi causa o pretesto; mentre dunque per un lato non impone l' istituzione di alcuno erede, vieta per l' altro la *diseredazione*.

A) Le liberalità per testamento non possono oltrepassare la metà *dei beni del testatore* , se questi morendo lascia *figli*, *qualunque sia il numero dei medesimi*. L' altra metà è riservata a vantaggio dei figli, e forma la loro *porzione legittima* (art. 805), sotto nome di *figli* sono quì compresi i *figli legittimi*, i *legittimati*, *gli adottivi* e i *loro discendenti*. I discendenti però non si contano che per quel figlio che rappresentano. (art. 806).

Se il testatore non lascia nè figli nè discendenti bensì degli *ascendenti* (ed il Codice evidentemente intende di parlare di ascendenti che sieno insieme ascendenti *legittimi* e *naturali*) non può disporre che dei *due terzi dei beni*. La porzione legittima, ossia il *terzo*, spetta al padre ed alla madre per *uguale porzione*, ed in mancanza dei genitori spetta *interamente all' altro*. Non lasciando il testatore nè padre, nè madre, bensì *ascendenti* nella linea patèrna e materna, la porzione legittima spetta *per metà agli uni*, e *per metà agli altri*, ove sieno in *grado uguale*; ed ove sieno in *grado inuguale* spetta per *intiero ai prossimi* dell' una o dell' altra linea (art. 807).

Il Codice nostro non attribuisce legittima ai fratelli comunque sieno dal testatore posposti a persone turpi. Si allontana dunque dal diritto Romano sì in questo (*cost. 27, Cod. de inoff. testam.*) come se ne allontana nella *quantità della legittima* assegnata ai figli e discendenti ed agli ascendenti.

Ai figli naturali legalmente riconosciuti ed al coniuge (lo vedremo) il Codice attribuisce dei diritti nelle successioni testamentarie, diritti che sono, salvo poche differenze, gli stessi di quelli dei legittimari riguardo alla legittima, e che sono diritti come quelli quasi ugualmente guarentiti. Ma *vera e propria legittima* non attribuisce loro, e piuttosto loro attribuisce un' azione di credito con garanzie reali, anzichè una vera *quota hereditatis* (vedi gli articoli 812 a 820).

L' articolo 808 dichiara espressamente essere la legittima *quota di eredità*,

di disporre delle cose sue; ma questo potere in progresso di tempo venne limitato dalle leggi e dalla giurisprudenza Pre-

e così definisce la questione tanto agitata dagli interpreti del diritto Romano, e poi del diritto Francese se la *legittima romana e la riserva francese* respettivamente a quelle legislazioni sieno *quote di beni* anzichè *quote di eredità* (vedi Vinnio. *Quæst select.* Quæst. 7, lib. 2, cap. 22. Rittershutius; *Novel. exposit.*, part. 6, cap. 914, n° 4 ec. ec.). Da questa esplicita dichiarazione dell' art. 808 del Codice nostro, sulla natura della legittima, resulta come conseguenza che è necessario essere eredi, vale a dire accettare l'eredità, per aver diritto a reclamare la legittima. Conseguenza che il Codice ha espressamente sanzionata nell' articolo 1003, dicendo che l'erede che *rinunzia* alla successione non può ritenere o conseguire nulla a titolo di *legittima* (art. 1003).

L'articolo 808, ora citato, aggiunge che detta *legittima* è dovuta ai figli, discendenti, o ascendenti in *piena proprietà*, e senza che il testatore possa imporvi alcun peso o condizione (concorda con *la cost.* 32, *Cod. de inoff. testam.*)

Ma pel Codice nostro non è necessario che il testatore *istituisca nella legittima* le persone che hanno diritto a conseguirla, nè che lasci ad esse quella porzione, sotto *qualunque altro titolo.* Al testatore italiano lice *preterire* le persone cui quella porzione legittima spetta, ed il suo testamento non rimane per questo invalidato. Quel testamento anzi sarà valido, e le disposizioni che contiene varranno dentro i limiti della quota che la legge lascia alla disponibilità del testatore. Ma se il testatore avesse esaurita anche siffatta quota disponibile mediante donazioni, il valore delle quali eccedesse o uguagliasse la quota disponibile, *tutte le disposizioni* testamentarie allora *sono senza effetto* (vedi art. 821, 822, 823, 1091, 1092).

Il testatore che non lascia superstiti figli discendenti o ascendenti, può pel Codice nostro disporre, sì a titolo universale, come a titolo particolare di tutti i suoi beni (art. 809) salvi i diritti del coniuge superstite e dei figli naturali, dei quali parleremo fra breve. Quando il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vitalizia, il cui *reddito eccede quello della porzione disponibile*, gli eredi a vantaggio dei quali la legge riserva la porzione legittima, hanno pel nostro Codice la scelta, o di *eseguire* tali disposizioni o di *abbandonare* la *proprietà della porzione disponibile.* La stessa scelta spetta ai legittimari nel caso in cui si è disposto della nuda proprietà di una quota eccedente la porzione disponibile. Così l'articolo 810, il quale in sostanza impone che si consideri sempre come apposta, anche indipendentemente dalle dichiarazioni del testatore, la celebre *cautela* dell' Angelo, volgarmente attribuita al Socino, per la quale il testatore che voleva imporre al legittimario un qualche onere, gli lasciava in compenso qualche cosa oltre la legittima, con la condizione, che di questo eccedente sulla porzione legittima non potesse godere, se non voleva sottostare all' onere impostogli.

Abbiamo detto poco sopra che il Codice attribuisce al coniuge ed al ora naturali dei diritti nelle successioni testamentarie; è prezzo dell' opera figli descriverli.

1° Quando il testatore lascia figli o ascendenti legittimi e figli naturali *legalmente riconosciuti*, questi ultimi hanno diritto alla *metà della quota* che loro sarebbe spettata se fossero *legittimi* (art. 815).

Con lo scopo evidente di impedire che il figlio naturale possa conseguire una quota maggiore di quella spettante a ciascun figlio legittimo, l'articolo 815 (capoverso) vuole che pel calcolo della porzione dovuta ai figli naturali *facciano numero anche i figli legittimi.* Hanno facoltà i figli legittimi di soddisfare la quota dovuta ai figli naturali in danaro o in beni immobili ereditari a giusta stima (cit. art. 815, col quale concorda l'art. 744); ciò forse fu stabilito per evitare un eccessivo frazionamento della proprietà.

La porzione dovuta ai figli naturali non porta diminuzione della legittima spettante ai discendenti legittimi od agli ascendenti; attalchè forma così una *detrazione della quota disponibile* (art. 818).

Quando non vi sono discendenti nè ascendenti, i figli naturali hanno di-

toria ed Imperiale (fr. 120, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Fu dalla giurisprudenza stabilito, che gli *heredes sui* dovessero essere isti-

ritto *a due terzi della quota che loro sarebbe spettata se fossero legittimi* (art. 816). Laonde essi non vengono mai a conseguire una porzione uguale a quella devoluta ai figli legittimi.

I discendenti *legittimi* del figlio naturale premorto, possono reclamare i diritti stabiliti a suo favore dalla legge, ed ora da noi dichiarati (art. 817).

I figli naturali per la quota attribuita loro dalla legge, godono degli stessi *diritti* e *delle stesse garanzie* di cui godono i legittimari riguardo alla legittima, salvo, come abbiamo detto, la facoltà dei figli legittimi di soddisfare tal porzione dovuta ai figli naturali in danaro o in beni immobili ereditari a giusta stima (art. 820).

Il figlio naturale, oltre quanto gli sia lasciato per testamento, deve imputare nella sua quota tutto ciò che abbia ricevuto in vita dal genitore, e che sia soggetto ad imputazione, a norma delle disposizioni del Codice contenute nella sezione IV, cap. 3, tit. 2, del lib. 3, delle quali parleremo in seguito (art. 820, capoverso).

II° Il coniuge, contro il quale non sussista sentenza di separazione personale passata in giudicato, ha diritto sulla eredità dell' altro coniuge, nel caso che questi lasci figli legittimi o loro discendenti, all' *usufrutto di una porzione uguale a quella che spetterebbe a ciascun figlio a titolo di legittima*, comprendendo nel numero dei figli anche il coniuge (art. 812).

Se il testatore non lascia discendenti, bensì ascendenti, la parte riservata al coniuge è il *quarto in usufrutto* (art. 813).

E se il testatore non lascia nè discendenti nè ascendenti, aventi diritto a legittima, la quota di usufrutto del coniuge è *il terzo* (art. 814).

La porzione dovuta al coniuge non porta diminuzione della legittima spettante ai discendenti legittimi ed agli ascendenti, e forma così una detrazione *della parte disponibile* (art. 818).

È in facoltà degli eredi di soddisfare alle ragioni del coniuge, o mediante l' assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l' assegno dei frutti di beni immobili o capitali ereditari da determinarsi d' accordo, e altrimenti dall' autorità giudiziaria; ma finchè il coniuge non è soddisfatto delle sue ragioni, conserva i suoi diritti di usufrutto *su tutti i beni ereditari* (art. 819).

Il coniuge per la quota di usufrutto attribuitagli dalla legge, gode degli *stessi diritti e delle stesse garanzie* di cui godono i legittimari riguardo alla legittima, salvo il potere essere soddisfatto mediante l' assicurazione di una rendita vitalizia, o con l' usufrutto di una o più cose ereditarie soltanto (art. 820).

Ma il coniuge, oltre quanto gli è lasciato per testamento, deve imputare nella sua quota tutto ciò che gli sia pervenuto per effetto delle convenzioni matrimoniali (art. 820, capoverso).

Queste disposizioni relative al coniuge evidentemente derivano la loro origine dalle Novelle 53, cap. 6 e 117, cap. 5, onde fu estratta la celebre *Authentica, Praeterea, Cod. unde vir et uxor.*

Se il testatore con le sue disposizioni testamentarie ha ecceduto la porzione disponibile, dette disposizioni *sono riducibili* fino a concorrenza della porzione stessa: non sono cioè nulle, ma annullabili per la parte che eccede la porzione disponibile. Questa riduzione si opera nel momento in cui *si apre la successione* (art. 821) ossia alla morte del disponente. Finchè egli vive, nulla è dovuto ai suoi legittimari.

Il Codice nostro non poteva limitarsi ad assegnare ai discendenti, agli ascendenti, al coniuge una porzione determinata, bisognava che rendesse intangibile quella porzione. Nel diritto Romano antigiustinianeo i legittimari avevano la querela dell' *inofficioso testamento*, con la quale rescindevano il testamento per cui la loro porzione legittima fosse stata menomata, e nel diritto Giustinianeo ebbero un' azione *in supplemento;* pel Codice nostro i legittimari hanno l' *azione in riduzione* delle disposizioni testamentarie, e l' hanno in

tuiti, o espressamente diseredati. Dicevansi *heredes sui*, i figli o nipoti, i quali erano sotto la immediata potestà del *paterfamilias*,

quanto accettano l'eredità, cioè, in quanto consentono a rivestire la qualità di eredi.

Per determinare la riduzione, si forma una massa di tutti i beni del testatore al tempo della morte, *detraendone i debiti*. Si riuniscono quindi *fittiziamente* a quella massa depurata dai debiti, i beni di cui è stato disposto a titolo di donazione. Si dice *fittiziamente*, perchè queste donazioni debbono essere rispettate, finchè non è provato che il donante ha disposto di più di quanto aveva diritto di disporre. Nella riunione *fittizia* in discorso, i *beni mobili* si stimano secondo il loro valore *al tempo della donazione*, ed i *beni immobili* secondo il *loro stato al tempo della donazione*, ed il *loro valore al tempo della morte del donatore*. I beni *mobili* debbono per disposto di legge essere stimati nell'atto stesso della donazione, ovvero nella nota a parte che se ne deve redigere (art. 1070), ed è su questa stima che si fa la loro riunione fittizia. I beni immobili si stimano, abbiamo detto, secondo il *loro stato* al tempo della donazione, ed *il loro valore* al tempo della morte del donatore. Per conseguenza si stimano con gli aumenti e le deteriorazioni *naturali* che hanno subìto, e che giovano o nuocciono all'erede. Ma se il donatario li ha migliorati, questi miglioramenti non si calcolano nella riunione fittizia, e se li ha deteriorati il donatario ne è responsabile; laonde si valutano e si riuniscono fittiziamente come *se non fossero stati donati dal defunto*. Operata questa *riunione fittizia*, sull'asse così formato si calcola qual sia la porzione di cui il testatore ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi aventi diritto a riserva (art. 822).

Se il *valore delle donazioni* eccede o uguaglia la quota disponibile, *tutte le disposizioni testamentarie sono senza effetto* (art. 823). Ed in fatti se la persona della cui eredità si tratta, fece in vita tante donazioni che assorbirono *tutta la quota disponibile*, non rimane nulla di cui possa disporre nel momento della sua morte; quindi nessuna delle sue disposizioni testamentarie può sussistere. E non importerebbe che il testamento fosse anteriore alle donazioni, perchè le disposizioni testamentarie non divengono irrevocabili che al momento della morte, mentre le donazioni operano subito un' alienazione *attuale* e *irrevocabile*. Appena occorre dire che le donazioni le quali fossero fatte a favore delle persone, che come eredi dovessero imputarle nella loro quota legittima, non si calcolerebbero, perchè queste non diminuiscono la quota disponibile.

Se le *disposizioni testamentarie* eccedono la quota disponibile, o la porzione di questa quota che resterebbe, dopo detratto il valore delle *donazioni*, la riduzione si fa proporzionatamente senza alcuna distinzione fra gli eredi e i legatari (art. 824). Nell'operare la riduzione, prima bisogna ridurre le disposizioni testamentarie e soltanto quando, nonostante la riduzione delle medesime, non rimane libera la porzione indisponibile, si riducono ancora le donazioni (art. 1093). E ciò perchè le donazioni sono per loro natura *irrevocabili*, ed operano un' alienazione *attuale*. A ragione dunque l'articolo 824 vuole che si cominci dal detrarre il *valore delle donazioni* dalla quota disponibile, per conoscere se le disposizioni testamentarie sono eccessive. Si osservi che mentre per l'articolo 1093 la riduzione delle donazioni si fa cominciando dall' ultima donazione, e così successivamente risalendo dall' ultima all' anteriori, la riduzione delle disposizioni testamentarie si fa invece *proporzionalmente*, senza alcuna distinzione fra gli eredi e i legatari, come prescrive l' articolo 824. Questa differenza si spiega agevolmente se si pensa, che se le donazioni hanno una data diversa, sono soltanto le più recenti quelle che contengono eccesso; e perciò le più antiche, che non eccedono la quota disponibile, debbono sussistere; ma le disposizioni testamentarie hanno sempre tutte la medesima data (il giorno dell' apertura della successione), laonde non vi ha ragione per preferire le une alle altre.

Ogni qualvolta però il testatore ha dichiarato di volere che una sua *liberalità* abbia effetto a preferenza delle altre, questa preferenza ha luogo, ed una tale disposizione non viene ridotta, se non in quanto il valore delle altre

i quali dunque non erano separati da lui per nessuna persona intermedia. Tali erano i figli non emancipati, nè dati in adozione: tali i nipoti, il padre dei quali era uscito dalla *familia* del loro avo, per morte o per *capitis diminutio.*

§ 660. *Heres suus,* secondo alcuni significa erede di *sè stesso*, ma più probabilmente vuol dire erede di *suo diritto* o *per suo diritto.* Ed in fatti gli *heredes sui* succedevano nei beni del loro *paterfamilias* per un diritto proprio, in virtù della legge che quel diritto loro riconosceva; era per *vocazione* legislativa che succedevano, tanto che acquistavano l'eredità a loro insaputa, ed anche contro loro voglia. Di costoro si diceva che piuttosto che acquistare una proprietà nuova sulle cose componenti il patrimonio familiare, continuavano quella che già avevano, conseguendone per altro più libera amministrazione: *non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem consequuntur* (fr. 11, *Dig. de lib. et post.*, XXVIII, 2); e di vero, anche vivente il *paterfamilias*, *quodammodo domini existimantur* (*Instit.*, § 2, *de hered. qualit.*, II, 19). Il *paterfamilias*, per escluderli dall'eredità, doveva o farli uscire dalla famiglia, o dichiarare espressamente che non li voleva eredi, cioè doveva *diseredarli.* E per diseredarli, era necessario una legge, legge speciale di eccezione alla legge generale, che li chiamava a succedere: egli è per questo,

liberalità non fosse sufficiente a compiere la porzione legittima (art. 825). Ma noi crediamo che il testatore non potrebbe validamente dichiarare che un legato o altra liberalità contenuta nelle disposizioni testamentarie abbia effetto a preferenza di una donazione, perchè le donazioni sono *irrevocabili* per loro natura, e ritenendo un concetto contrario a questo che difendiamo, diventerebbero revocabili, per testamento.

Quando il legato soggetto a riduzione sia di un immobile, la riduzione si fa con la separazione di altrettanta parte dell'immobile medesimo, se questa può aver luogo comodamente. Ove la separazione non possa farsi comodamente e il legatario abbia nell' immobile un' eccedenza *maggiore del quarto della porzione disponibile*, deve lasciare l'immobile *per intiero* nell' eredità, salvo a lui il diritto di conseguire il valore della porzione disponibile. Se l' eccedenza è *uguale al quarto o minore di esso*, il legatario può ritenere tutto l'immobile, compensando in danaro coloro ai quali è riservata la porzione legittima. Il legatario però che ha diritto alla legittima può ritenere tutto l'immobile, purchè il valore di esso *non superi l'importo della porzione disponibile*, e della quota che gli spetta nella legittima (art. 826).

B) Abbiamo detto che il Codice nostro mentre non impone la istituzione di chicchessia, e così neppure di quelle persone alle quali spetta la porzione *legittima*, vieta la *diseredazione.*

Pare che il nostro legislatore abbia considerato che le cause più importanti per le quali la diseredazione potrebbe permettersi, essendo annoverate fra le cause di *indegnità*, fosse inutile far dipendere la privazione dell' eredità dalla volontà del testatore, quando già è conseguenza della legge.

che il testamento nei primi tempi si faceva come una legge (vedi vol. I, lib. 1, § 45; lib. II, § 13; vedi sopra in questo volume II, § 602).

§ 661. L' *heres suus*, figlio maschio, doveva essere diseredato nominatamente (*nominatim*), vale a dire in un modo preciso; ma non importava che fosse pronunziato il suo nome; bastava che il testatore dicesse: *filius meus exheres esto* quando aveva un solo figlio, o se ne aveva più, che dicesse: *filii mei exheredes sunto* (GAJO, II, 127, 128; ULP., XXII, 20; *Instit. pr., h. t.*, II, 13). La figlia, il nipote e la nipote, abbenchè essi pure sotto la immediata potestà del testatore, potevano essere diseredati, ma non era necessario diseredarli *nominatim:* bastava che il testatore, istituito l'erede estraneo, dichiarasse *ceteri exheredes sunto;* il che dicevasi diseredare *inter ceteros*. Qualora il figlio, sul quale il padre aveva la *patria potestas,* fosse stato diseredato da lui, non già *nominatim,* ma *inter ceteros*, o fosse stato da lui passato sotto silenzio (*præteritus*), il testamento era *nullo,* quand'anche questo figlio fosse venuto a morire, prima del testatore (GAJO, II, 115, 123; ULP., XXII, 16, *Instit. h. t. pr.*, II, 13.) Ma ove la figlia, il nipote, o la nipote, non fossero stati diseredati *inter ceteros,* nè istituiti, il testamento era nullo; se non che queste persone passate sotto silenzio, o *preterite,* avevano diritto di ottenere una porzione dell' eredità: *jus autem accrescendi eis ad certam portionem præstabatur* (ULP., XXII, 17; GAJO, II, 124, *Instit. h. t. pr.*, II, 13), vale a dire se l'erede istituito era un *estraneo,* avevano diritto alla metà della successione; se era un *heres suus,* la figlia aveva una quota virile, il nipote o la nipote la quota virile, che sarebbe spettata al loro genitore (ULP., XXII, 17). Ulpiano colloca fra le persone che bisognava istituire o diseredare, ancora la moglie in *manu,* e la nuora in *manu filii*, perchè la prima era *loco filiæ,* la seconda *loco neptis* (ULP., XXII, 14, 17; GAJO, II, 124). Un editto di Augusto, aveva proibito di diseredare il figlio mentre militava (*miles*), ma questa disposizione legislativa era stata annullata ai tempi di Paolo (fr. 26, *Dig. de lib. et post.,* XXVIII, 2). E ciò sia detto per riguardo ai figli e nipoti, che all' epoca della fazione del testamento, erano sotto l' immediata potestà del testatore. Ora dei postumi.

§ 662. *Postumi,* nel senso proprio della parola, erano i figli nati dopo la morte del padre loro (fr. 3, § 1, *Dig. de inj. rupt.,*

XXVIII, 3), ed in materia testamentaria, i figli nati dopo la morte del testatore. Costoro non potevano essere istituiti, perchè prima della morte del testatore erano per lui persone incerte, e *incerta persona institui non potest*, (Ulp., XXII, 4 e vedi sopra, § 656). Accadeva talvolta, che il postumo nascendo, nascesse *heres suus* del testatore defunto, vale a dire tale, che supposto vivo il testatore nel momento della nascita del postumo, questi si sarebbe trovato immediatamente sottoposto alla potestà di quello: esempigrazia, se il testatore, morendo avesse lasciata incinta la propria moglie, o la vedova del proprio figlio. Allora per tale *agnazione* del postumo, il testamento era rotto (*ruptum*); e con ragione, dappoichè sarebbe stato iniquo, e perfino contradittorio alla presunta volontà del testatore, conservare validità ad un testamento, che spogliava dell' eredità quel postumo. Ad evitare i danni derivanti dalla rottura del testamento, fu permesso al testatore di istituire, o di espressamente diseredare il postumo: anzi gli fu imposto l' obbligo di farlo, se voleva evitare che il suo testamento fosse invalido. Aquilio Gallo immaginò una formula, conservataci nelle Pandette (fr. 29 *pr., Dig. de lib. et post.*, XXVIII, 2), mediante la quale si potè fare tale istituzione o diseredazione. Inoltre con quella formula, l' avo *paterfamilias* potè, vivente il proprio figlio, istituire o diseredare il nipote, che dopo la sua morte, e quella del figlio, potesse nascere dalla vedova del figlio stesso, e che in conseguenza della morte del padre, e poi di quella dell' avo, sarebbe nato *sui juris* e *heres suus*. Questa maniera di postumo, lo chiamano *Aquiliano*. Fu costume di diseredare o *nominatim*, o *inter ceteros* i postumi femmine, ma in quest' ultimo caso si doveva loro lasciare una qualche cosa, affinchè non sembrasse, che fossero stati preteriti per dimenticanza; era obbligo diseredare *nominatim* i postumi maschi, dicendo: *quicumque mihi filius genitus erit, exheres esto* (Gajo, II, 132; Ulp., XXII, 21, 22; Paolo, III, 4, 9; *Instit.*, § 1, *h. t.*, II, 13; fr. 3, *Dig. de inj. rupt.*, XXVIII, 3).

§ 663. *Quasi postumi* (*postumorum loco*) si dicono coloro, che divenivano *heredes sui* del testatore, dopo la fazione del suo testamento, ma lui vivente. Rimediare agli inconvenienti della rottura del testamento, conseguenza della loro *quasi-agnazione* era agevole al testatore, bastando a quest' effetto che egli facesse un nuovo testamento, col quale li istituisse o diseredasse; ma

per evitare il bisogno di rifare il testamento, la *lex Junia Velleja* (dell'anno 763 dalla fondazione di Roma) dispose in guisa da impedire che la loro nascita rompesse il testamento. Questa legge aveva due capitoli; nel primo permetteva di istituire o di diseredare i figli non ancora nati all'epoca della fazione del testamento, e che dopo di quella potessero nascere *heredes sui* del testatore, (fr. 29, § 12, *Dig. de lib. et post.*, XXVIII, 2); nel secondo capitolo prevedeva il caso, che il testatore all'epoca della fazione del testamento, avesse sotto la sua *patria potestas* un figlio, ed un figlio del figlio, ossia un nipote; il testatore avrebbe potuto in questa emergenza istituire quel nipote, perchè era già nato, ma non doveva nè poteva diseredarlo, perchè non essendo immediatamente sottoposto alla *potestas* del testatore, non era un *heres suus*. Ma se il figlio del testatore fosse morto, o per qualunque altra ragione fosse uscito dalla sua patria potestà, il nipote avrebbe acquistato la qualità di *heres suus*, e come tale avrebbe rotto il testamento dell'avo, nel quale non fosse stato istituito, e col quale non poteva essere diseredato. Il secondo capitolo della *lex Junia*, per evitare tal rottura di testamento, permise al testatore non già di istituire tali postumi, chè istituiti potevano essere, ma di diseredarli (fr. 29, § 13 e 14, *Dig. de lib. et post.*, XXVIII, 2), alla pari dei postumi, *ad similitudinem postumorum* (*Instit.*, § 2, *de exh. lib.*, II, 13). Chiamano *postumi Vellejani*, o *quasi-postumi*, questi cui la legge *Junia* si riferiva.

§ 664. Ma oltre questi casi fin qui contemplati, potevano occorrerne altri nei quali taluno venendo sotto la immediata potestà del testatore, rompesse inevitabilmente il suo testamento; tali erano i seguenti:

a) In gius Antico:

1° quando una donna veniva nella *manus* del testatore:

2° quando il figlio che egli aveva mancipato, dopo una prima o seconda mancipazione, ritornava nella sua patria potestà,

3° quando il figlio nato dal matrimonio con una donna peregrina o latina, sposata come cittadina Romana, provava che il matrimonio era stato contratto di buona fede (*causæ probatio*).

b) In gius Nuovo:

1° se il figlio prigioniero di guerra, ritornava in patria in maniera, che gli fosse applicabile l'*jus postliminii*;

2° se per la morte dell'avo, il figlio trovandosi a divenire

paterfamilias, riceveva sotto la sua immediata potestà, i propri figli, nipoti del defunto;

3° se il testatore adottava o arrogava qualcuno.

§ 665. Il diritto Civile non imponeva di istituire o di diseredare i figli *emancipati*, perchè non essendo più sotto la patria potestà del testatore, non erano più *heredes sui.* Ma il Pretore avendoli poi col suo Editto chiamati a succedere alla pari degli *heredes sui,* in quella parte dell' Editto dove trattava dei figli (*unde liberi*); ordinò che tutti, senza distinzione di sesso, se non erano istituiti fossero diseredati: i maschi *nominatim,* le femmine *inter ceteros.* E se non erano istituiti nè diseredati in questa guisa, il Pretore dava loro la *bonorum possessio contra tabulas* (GAJO, II, 135; ULP., XXII, 23; XXVIII, 2, *Instit.,* § 3, *de exh. lib.*, II, 13).

§ 666. I figli *adottivi,* finchè erano nella *potestas* dell' adottante, si trovavano nella condizione stessa dei figli nati da *justæ nuptiæ,* dovevano dunque essere istituiti o diseredati; ma se erano emancipati dall' adottante, cessavano di essere *heredes sui,* e non avendo dunque più nessun diritto sulla sua eredità, potevano essere preteriti. A rigore, costoro mediante l' adozione essendo usciti dalla patria potestà del loro padre legittimo e naturale per entrare in quella del padre adottivo, non avrebbero avuto più nessun diritto di successione nella famiglia di quel primo, ma il Pretore avendoli con l'Editto chiamati a succedere alla pari degli *heredes sui,* il padre legittimo e naturale dovè istituirli o diseredarli: altrimenti il Pretore loro accordava la *bonorum possessio contra tabulas.*

§ 667. Tale era lo stato delle cose prima di Giustiniano, ma egli con una sua costituzione (*cost.* 4, *Cod. de lib. præt. vel exhered.,* VI, 28), ridusse la legislazione a maggiore semplicità ed uniformità, tanto per i figli, quanto per le figlie e per gli altri discendenti di linea mascolina, sia che fossero nati, sia che fossero nascituri, ordinando che tutti, o fossero *sui* o emancipati, dovessero essere istituiti eredi o diseredati *nominatim,* in guisa che la loro preterizione producesse indistintamente l' invalidazione del testamento, e la revoca dell' eredità, per gli eredi istituiti. Circa ai figli adottivi, con una sua costituzione (*cost.* 10, *Cod. de adopt.*, VIII, 48), avendo distinto il caso in cui l' adottante fosse un ascendente dell' adottato (*adoptio plena*) dal caso in cui fosse un estraneo (*adoptio minus plena*) ed avendo ordinato,

che in quest'ultimo caso l'adottato rimanesse nella potestà del padre naturale (vedi vol. I, lib. I, § 124.) questi dovè istituire o espressamente diseredare quello; il padre adottivo poi non fu obbligato nè ad istituirlo nè a diseredarlo. Nell'altro caso (*adoptio plena*) rimase in vigore il diritto Antico, quale è esposto nel paragrafo antecedente.

§ 668. La madre e l'avo materno non erano obbligati ad istituire, o diseredare i loro figli: potevano preterirli, e questa preterizione si parificava ad una diseredazione paterna. (fr. 13, *Dig. de suis et legit.*) La diseredazione era richiesta in conseguenza dei vincoli della patria potestà, e questi non esistendo fra la madre ed i figli, fra l'avo materno ed i nipoti *ex filia*, non faceva di mestieri istituire o diseredare quei figli o nipoti. Vedremo, per altro, come in tal caso, i figli e nipoti ebbero un rimedio contro tal preterizione, nella *querela inofficiosi testamenti* (Gajo, III, 71; Paolo, IV, 5, 2, *cost.* 15, *Cod. de inoff. testam.*, III, 28; *Instit.*, § 7, *de exh.*, lib. II, 13).

§. 669. La teoria della diseredazione quale apparisce dalle Istituzioni, dalle Pandette, e dal Codice, sembrò a Giustiniano bisognosa di riforme ulteriori, che egli eseguì con la sua Novella 115, cap. 3 e 4, riducendola a poche regole, che andiamo ad esporre:

1° Tutte le persone, cui è dovuta la *legittima*, devono essere necessariamente istituite, o diseredate espressamente (*Nov.* 115, cap. 3 *pr.*). Diremo fra breve come per *legittima* si intende: quella *quota di beni, che per la legge deve essere lasciata alle persone, le quali avrebbero succeduto ab intestato*. Queste persone, che hanno diritto alla legittima, sono, come vedremo, i discendenti, e gli ascendenti. I fratelli, sia germani, sia consanguinei, di qualunque sesso, hanno diritto alla legittima, soltanto quando è loro preferita persona turpe.

2° La diseredazione ha da essere fatta come la istituzione, in un testamento, e come quella deve essere fatta *puramente*, non sotto condizione (fr. 3, § 1; fr. 13, § 2; fr. 29, § 10, *Dig. h. t.*, XXVIII, 2; fr. 18 *pr.*, *Dig. de bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4). Può essere condizionale se contiene l'istituzione nel caso del non verificarsi della condizione.

3° La diseredazione deve essere da tutta la eredità, perocchè l'istituito, anche in una meschinissima somma, non sia diseredato; e con l'azione *expletoria* possa ottenere quanto manca

a compiere la porzione legittima dovutagli (fr. 19, *Dig. h. t.*, XXVIII, 2).

4° La diseredazione, nel caso che esistano più gradi di eredi sostituiti, deve essere *fatta da tutti i gradi: ab omni gradu* (fr. 3, § 2, *Dig. h. t.*, XXVIII, 2).

5° La diseredazione deve essere fatta per giusta causa, che il testatore ha da esprimere nel testamento (*Nov.* 115, cap. 3 *pr.*). Ricordiamo, che chi non fu istituito nè diseredato espressamente, dicesi preterito (*præteritus*). Nel diritto giustinianeo novissimo, esistono giuste cause di diseredazione e di preterizione: tali non sono quelle che il testatore reputa giuste, bensì quelle che la legge enumera. Siffatta enumerazione occorre nella citata Novella 115, cap. 3 e 4. Alcune di queste cause, e sono 14, autorizzano i genitori a diseredare o preterire i figli (vedi *Nov.* 115, cap. 3); altre, e sono 8, autorizzano i figli a diseredare o preterire i genitori (*Nov.* 115, cap. 4).

Cause per le quali i genitori possono diseredare o preterire i figli.

§ 670. Sono queste:

1° Se i figli si rendono colpevoli di vie di fatto verso i genitori.

2° Se li ingiuriano gravemente.

3° Se li accusano di un delitto, che non è diretto contro lo Stato o il principe.

4° Se frequentano avvelenatori, e se prendono parte a dei veneficii.

5° Se attentano alla vita dei genitori in qualunque modo.

6° Se il figlio ha commercio carnale con la matrigna, o con la concubina del padre.

7° Se il figlio accusa falsamente i suoi genitori, e cagiona loro così un grave danno patrimoniale.

8° Se il figlio non ha voluto prestare mallevadoria, o pagare pel padre, per liberarlo dalla carcere.

9° Se il figlio ha impedito, che suo padre testasse, o modificasse il testamento già fatto.

10° Se il figlio si arruola contro il divieto dei genitori in una compagnia di mimi, di istrioni, di gladiatori, e seguita a farne parte, nonostante le dissuasioni paterne.

11° Se la figlia o la nipote, che aveva occasione di contrarre

un onesto matrimonio, ed alla quale il padre aveva offerto collocazione e dote, ha preferito condurre vita lussuriosa.

12° Se i figli non presero cura dei loro genitori affetti da demenza.

13° Se non riscattarono i loro genitori dalla schiavitù.

14° Se i figli di genitori ortodossi si fecero eretici.

Cause per le quali i figli possono diseredare o preterire i genitori.

§ 671. Sono queste in minor numero, perchè gli obblighi dei figli verso i genitori sono più numerosi, che gli obblighi di questi verso di quelli. Tali cause si riducono alle seguenti:

1° Se il padre o la madre accusarono il figlio di un delitto capitale, purchè non sia diretto contro la sicurezza dello Stato, o contro il principe.

2° Se i genitori attentarono alla vita dei figli.

3° Se il padre ebbe commercio illecito con la concubina, o con la moglie del figlio.

4° Se i genitori impedirono ai loro figli di testare dei beni, dei quali la legge li autorizza a disporre per testamento.

5° Se il padre abbia propinato il veleno alla madre, o viceversa, questa a quello, od in altra guisa abbia l'uno attentato alla vita dell'altro.

6° Se i genitori non abbiano preso cura dei figli alienati di mente.

7° Se i genitori non hanno tentato di liberare i figli dalla schiavitù.

8° Se i genitori di un figlio ortodosso si sieno fatti eretici.

§ 672. Dall' esame di queste cause si rileva, che in gius Nuovo non lice diseredare o preterire i postumi, essendo impossibile che per loro ricorra una delle medesime. Altre cause diverse da queste, per diritto Romano non legittimerebbero la diseredazione o preterizione; ma in pratica se ne ammettevano per analogia delle consimili. — Si può dubitare, se la riconciliazione avvenuta fra genitori e figlio, tolga la facoltà di diseredare per quel motivo, che fu condonato. È da credere, che nonostante la riconciliazione, debba riuscire efficace la diseredazione già eseguita, essendochè ove il testatore avesse voluto abolirla, l'avrebbe

fatto con un successivo testamento; nulladimeno provata la volontà del testatore di togliere via la diseredazione, e l'impotenza in cui si trovò di farlo, tale diseredazione non verrebbe attesa.

§ 673. I fratelli e sorelle hanno diritto alla legittima, lo abbiamo detto, soltanto quando è loro preferita una persona turpe, ma non è necessario di istituirli o di diseredarli espressamente; basta che la legittima sia loro lasciata in un modo qualunque.

§ 674. È lecito fare una diseredazione con buona intenzione (*bona mente*), ogni qualvolta sia da temere che l'eredità lasciata all'erede necessario corra pericolo di venire dissipata (fr. 3, § 3, *Dig. de usur.*, XXII, 1); p. e. può diseredarsi il figlio demente o prodigo, lasciandogli gli alimenti ed istituendo eredi i suoi figli (fr. 16, § 2, *Dig. de curat. fur.*, XXVII, 10). Il figlio impubere può venire diseredato, imponendo all'erede istituito l'obbligo di mantenerlo, e di restituirgli l'eredità, come un fedecommesso, giunto che sia alla pubertà (fr. 18, *Dig. de lib. et post.*, XXVIII, 2).

III. Quali persone abbiano diritto per legge ad una porzione dei beni del testatore.

(*Instit.*, lib. II, tit. 18, *de inofficioso testamento*, *Dig.*, lib. 5, tit. 2 *eodem*. *Cod.*, lib. III, tit. 28, *eodem*.)

§ 675. La legge impone al testatore di lasciare a quelle persone, che gli sarebbero succedute, ove egli fosse morto ab intestato, una porzione del suo patrimonio, porzione detta *legittima*, perchè fissata dalla legge. L'imposizione di quest'obbligo, fu quasi una transazione fra il principio, che favorisce nel cittadino l'assoluta libertà di disporre dei suoi beni per dopo la propria morte, e l'altro principio di equità, che vuole si abbia riguardo ai più stretti congiunti L'obbligo di istituire o di diseredare i figli *sui* ed *emancipati*, del quale abbiamo trattato nei paragrafi antecedenti, era una limitazione alla libertà di testare più che altro di forma, perocchè prima della Novella 115, se egli avesse osservato le forme della diseredazione, aveva facoltà di non lasciare loro cosa alcuna; ed era un obbligo che faceva carico al *paterfamilias* soltanto; ma a lato a quest'obbligo surse quello, del quale andiamo a trattare adesso, che faceva carico anche alle

donne, e che tornava vantaggioso, non solamente ai figli, bensì a tutti gli eredi legittimi del testatore.

§ 676. Sembra che in origine, le leggi Romane non determinassero la quantità della legittima, e che fosse rimesso alla coscenza dei giudici il decidere, se quello che era stato lasciato alle persone, le quali avrebbero avuto diritto di succedere *ab intestato*, fosse sufficiente a sodisfare al dovere, che l'equità imponeva di non pregiudicarle di soverchio mediante il testamento. Ma negli ultimi anni della repubblica (anno 794) sotto il titolo di *lex Falcidia*, fu emanato un plebiscito, di cui dovremo tornare a parlare con più diffusione in materia di legati, pel quale si ordinava, che qualunque erede istituito, non potesse essere onerato di legati o fedecommessi, oltre i *tre quarti* della quota ereditaria nella quale era stato istituito, talchè un *quarto* di questa dovesse rimanergli libera. Sia che tale *lex Falcidia* contenesse formalmente una disposizione analoga a favore dei più stretti congiunti non istituiti eredi, sia che quella legge per interpretazione estensiva venisse applicata a loro favore, certo è che a queste persone, le quali sarebbero succedute se non vi fosse stato testamento, fu accordato lo stesso diritto, che agli eredi istituiti, di godere cioè almeno del *quarto* dei beni, nei quali avebbero dovuto succedere. Tale è l'origine assai incerta di questa quota o porzione legittima (*portio legitima*), che una costituzione di Teodosio e Valentiniano appella *Falcidia*, che in altri testi è detta *portio legibus data* (*Cod. Theod.*, *cost.* 28, lib. 16, tit. 7, *cost.* 28, 30 e 31, *Cod. h. t.*, III, 28), e che gli interpreti del diritto Romano chiamano *legittima*.

§ 677. La legittima è dovuta alle persone, le quali sarebbero succedute *ab intestato*, e che andiamo ad enumerare:

I. Ai *discendenti* (*Instit.*, § 5, *de exher.*, lib. II, 13, § 1, *de inoff. testam.*, II, 18; fr. 6, § 1; fr. 29, § 1, *Dig. de inoff. testam.*, V, 2; fr. 28, § 2, *Dig. de lib. et post. exhered.*, XXVIII, 2, *Nov.* 115, cap. 3) cioè:

a) ai figli legittimi e legittimati, emancipati o no, è dovuta dal padre e dalla madre;

b) ai nipoti, in mancanza del padre o della madre loro, è dovuta dai loro respettivi avi paterni e materni;

c) ai figli naturali è dovuta soltanto dalla loro madre naturale;

d) ai figli, che l'ascendente adottò, è dovuta dall'ascendente medesimo;

e) agli arrogati è dovuta dall'arrogatore. Ma così agli adottati pienamente come agli arrogati, non è dovuta dal loro padre naturale (*Instit.*, § 4, *de exh.*, lib. II, 13, § 2, *de inoff. testam.*, II, 18, *cost.* 10, *Cod. de adopt.*, VIII, 48). Agli adottati meno pienamente è dovuta dal padre naturale soltanto. I figli adottati da una donna, hanno diritto di esigere la legittima da questa loro madre adottiva (*cost.* 5, *Cod. de adopt.*, VIII, 48). In mancanza di discendenti, hanno diritto alla legittima:

II. Gli *ascendenti*, che avrebbero avuto diritto di succedere *ab intestato* (*Instit.*, § 1, *de inoff. testam.*, II, 18; fr. 1; fr. 15 *pr.*, fr. 30 *pr.*, *Dig. de inoff. testam.*, V, 2).

I fratelli e le sorelle *germani e consanguinei* del testatore hanno diritto alla legittima, solamente quando sia stata da lui istituita una persona turpe (*Instit.*, § 1, *de inoff. test.*, II, 18). I fratelli e sorelle *uterini*, ed i figli dei fratelli e sorelle, non hanno diritto alla legittima (*cost.* 27, *Cod. de inoff. testam.*, III, 28; fr. 1, *Dig. eod.*, V, 2).

§ 678. La legittima dei *discendenti* era prima di Giustiniano la *quarta* parte dei beni, nei quali sarebbero succeduti *ab intestato* (*Instit.*, § 6, *de inoff. test.*, II, 18; fr. 8, § 6, 8, *Dig. eod.*, V, 2), ma quell'imperatore con la *Novella* 18, cap. 1, ordinò che fosse il *terzo* se fossero quattro, o meno di quattro; e se fossero più di quattro, la *metà*. Per gli *ascendenti* e pei *fratelli e sorelle*, non fu variata, talchè rimase sempre il *quarto*.

§ 679. Per calcolare la porzione legittima è da considerare, diffalcate le spese funerarie ed i debiti (fr. 8, § 9, *Dig. h. t.*, V, 2):

a) quale, all'epoca della morte del testatore, era lo *stato* del suo patrimonio (*cost.* 6, *Cod. de inoff. test.*, III, 28),

b) quale il numero delle persone aventi diritto a legittima.

a) Siccome la quantità della legittima deve calcolarsi sullo stato del patrimonio, come fu lasciato dal defunto il giorno della sua morte, parrebbe che gli aumenti o i decrementi che quello potesse provare in seguito fino all'avulsione effettiva della legittima, non dovessero tornare a vantaggio od a pregiudizio del legittimato. Ma se quelli aumenti sono *intrinseci*, (come alluvioni, aumento di prezzo, e simili), siccome la legittima non è un credito pecuniario, bensì parte di beni, così debbono tornare vantaggiosi al legittimario; e se del pari, *intrinseci* sono quei decrementi (come se per terremoto, per inondazioni furono guastati

degli edifizi o dei fondi) debbono ricadere a suo carico. In una parola, la quantità della legittima si stabilisce sullo stato del patrimonio all'epoca della morte della persona cui apparteneva, ma i beni si stimano secondo il loro valore all'epoca in cui la legittima si separa (fr. 30, 56, 73, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2; *Instit.*, § 2, *de lege Falcidia*, II, 22).

b) Le persone chiamate dalla legge a succedere *ab intestato* al defunto vengono contate tutte per stabilire la quota della legittima, e fanno numero fra queste anche quelle, che per una valida diseredazione, o per altre ragioni, non possono ottenere legittima alcuna (fr. 8, § 8, *Dig. h. t.*, V, 2). I discendenti dei figli di primo grado, cioè i nipoti o pronipoti del defunto, hanno diritto alla legittima, in mancanza del padre loro, o del figlio che li precede. Vengono allora, come dicono volgarmente, per diritto di *rappresentazione*, ossia subentrano nel luogo di quello che li precedeva e che mancò, e si considerano come uno solo, succedendo per cotal guisa *in stirpes*, anzichè secondo il numero degli individui, ossia *in capita*. La successione *in capita* si verifica nella legittima per i discendenti dei figli di primo grado, quando essi vengono soli, senza che concorrano con essi figli di primo grado, e tutti nascono da un medesimo figlio (*Instit.*, § 6, *de hered. quæ ab int. def.*, III, 1; *cost.* 8, *Cod. de sec. nupt.*, V, 9; *cost.* 7, *Cod. de inoff. testam.*, V, 2, *Nov.* 118, cap. 1). Benchè i discendenti dei figli di primo grado prendano il luogo di quello che li precedeva, non prendono la sua personalità giuridica: la loro capacità di succedere è indipendente da quella di costui; essi si considerano come chiamati per diritto proprio, soltanto perchè è vuoto il grado che li precede. Laonde, anche i figli del diseredato e dell'incapace, hanno diritto alla legittima (fr. 31, *Dig. de inoff. test.*, V, 2; fr. 7, *Dig. de his qui sui vel al. jur. sunt*, I, 6). In mancanza di discendenti, essendo dovuta la legittima ad ambedue gli ascendenti, padre, e madre, essi se la dividono: e mancando uno di essi, la porzione sua è devoluta a quello che gli è più prossimo nella medesima linea: esempigrazia, morendo la madre, l'avo materno succede col padre nella legittima della persona, che è loro respettivamente figlio e nipote (*Instit.*, § 1, *h. t.*, II, 18; fr. 15 e fr. 30 *pr.*, *Dig. eod.*, V, 2, *Nov.* 118, cap. 2).

§ 680. È possibile che il legittimario abbia già ricevuto durante la vita della persona, cui avrebbe avuto diritto di succedere *ab*

ntestato una qualche anticipazione sulla legittima, o che costei gli lasci qualche cosa per testamento: vuole allora la legge, coerentemente ai principii dell' equità, che quell' anticipazione di legittima, e queste liberalità derivanti da testamento, vengano imputate in legittima, quando non consti della contraria volontà del testatore. Di qui discende che i legati, le donazioni *mortis causa,* ed in generale tutto quello che fu ricevuto per atto di ultima volontà della persona, che doveva la legittima, si imputi in essa (fr. 8, § 6, *Dig. de inoff. testam.,* V, 2, *cost.* 29 e 30 *pr., Cod. eod.,* III, 28). Ma ove nello stesso atto, fosse stato lasciato un legato, ed insieme la legittima, quello non si imputerebbe in questa, presumendosi la contraria volontà del testatore. Si imputa in legittima la dote data dal padre alle figlie, che aveva obbligo di dotare, la donazione *propter nuptias,* e la *militia* (*cost.* 29, § 1, 30, § 2, *cost.* 35, § 2, 3, *cost.* 36, *Cod. de inoff. test.,* III, 28, *cost.* 4 e 20, § 1, *Cod. de collat.,* VI, 20). Le donazioni *inter vivos* non si imputano in legittima, ammenochè non sieno state fatte sotto la condizione di loro imputazione (fr. 25 *pr., Dig. de inoff. test.,* V, 2, *cost.* 35, § 2, *Cod. eod.,* III, 28, *cost.* 20, § 1 *Cod. de collat.*, VI 20). In generale non si imputa mai ciò, o che non venne direttamente dal padre, e dal suo *vero e proprio patrimonio,* o non venne, *liberamente* e *spontaneamente* (*cost.* 21, *Cod. de collat.,* VI, 20).

§ 681. Allorquando il padre di famiglia mediante donazioni abbia disposto di tanta parte del suo patrimonio, che per quelle, nel momento in cui furono fatte, rimanga lesa la porzione legittima di chi ha diritto di averla, il legittimario sperimentando la querela *inofficiosæ donationis,* può ottenere che tali donazioni vengano annullate o ridotte, cominciando dalle più recenti (*cost.* 1, *cost.* 9, *Cod. de inoff. donat.,* III, 29; fr. 87, § 3, *Dig. de legat.* 2° *cost.* 2, *Cod. de mortis causa donat.,* VIII, 57). Delle doti lesive la legittima, può conseguirsi la riduzione, mediante la querela *inofficiosæ dotis* (*cost. un., Cod. de inoff. dot.,* VI, 30).

§ 682. La legittima essendo una porzione di beni lasciati da un defunto, non può esigersi che dopo la morte della persona, che la deve (*cost.* 6, *Cod. de inoff. test.,* III, 28; fr. 1, *Dig. qui test. fac. poss.,* XXVIII, 1). Finchè essa vive, non lice chiederla; ove chiedere si potesse, il suo diritto di proprietà sarebbe leso (*Instit.,* § 2, *de lege Falcid.,* II, 22; fr. 1, § 21, *Dig. de collat. bon.,*

XXXVII, 6). Ma il padre di famiglia, può se il legittimario emancipato vi consente, anticipargliela durante la propria vita, calcolandola sullo stato effettivo del suo patrimonio in quel momento. Allora il *periculum* ed il *commodum* delle cose ricevute in legittima, passa nel legittimario; questi ha per altro il diritto di essere rilevato dall'evizione, alla pari di un compratore (vedi FORTI, *Delle disposizioni di ultima volontà*, § 384. *Trattati inediti di giurisprudenza*).

§ 683. Avanti Giustiniano potevasi lasciare la legittima a qualunque titolo, e lasciata che fosse, non era lecito al legittimario querelarsi (fr. 8, § 6; fr. 25, *Dig. de inoff. test.*, V, 2, *Instit.* § *ult. eod.*, II, 18); quell'imperatore volle (secondo la più probabile opinione degli interpreti) che la legittima fosse lasciata a titolo di istituzione, in altre parole che il legittimario fosse istituito erede nella porzione legittima (argom. dalla *Nov.* 115, cap. 3, *Nov.* 117, cap. 1, *Nov.* 123, cap. 19).

§ 684. In gius Nuovo, quando i legittimari sono stati istituiti eredi, non possono lagnarsi. Se furono istituiti, in meno della porzione legittima, hanno un'azione *expletoria* per ottenere ciò che manca a compiere la legittima loro dovuta (*Instit.*, § 3, *de inof. test.*, II, 18, *cost.* 30, 35, § 2, *cost.* 36, *Cod. eod.*, III, 28, *Nov.* 115, cap. 5, *pr.*). Se poi sono stati *esclusi*, bisogna distinguere le disposizioni legislative anteriori alla Novella 115, dalle disposizioni contenute nella Novella stessa.

α) Prima della Novella 115, ecco quello che avveniva:

a) Gli *heredes sui*, preteriti nel testamento paterno, potevano attaccarlo come *nullum*, o *ruptum* secondo che all'epoca in cui fu fatto, erano *sui*, o secondo che lo divennero in seguito, *postumi*, (ULP., XXII, 14 e seg.; GAJO, II, 123 e seg., *Instit.*, § 1 *pr.*, *de exh. lib.*, II, 13; fr. 30, *Dig. de lib. et post.*, XXVIII, 2, vedi sopra, § 659 a 664).

b) Gli emancipati *preteriti* ed i loro discendenti (fr. 3 e 6, *Dig. de bon. poss. contra tabul.*, XXXVII, 4) erano ammessi alla *bonorum possessio contra tabulas*, la quale fu accordata eziandio agli *heredes sui præteriti* (*Ulp.*, XXII, 23 e XXXVIII, 2, 4; GAJO, II, 135; *Instit.*, § 3, *de exh. lib.*, II, 13; fr. 8 *pr.*, *Dig. de bon. poss. contra tab.*, XXXVII, 4). Vedi, § 665.

c) I figli o *sui* o *emancipati*, formalmente diseredati dal padre loro, se potevano dimostrare l'ingiustizia della diseredazione,

intentavano la *querela inofficiosi testamenti* (fr. 1, 3, *Dig. de inoff. test.*, V, 2; fr. 10, § 5, *Dig. de bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4). Nondimeno, in questo caso gli emancipati dovevano prima chiedere la *bonorum possessio ex edicto unde liberi,* che per tale ragione aveva pure il nome di *bonorum possessio litis ordinandæ gratia* (fr. 6, § 2; fr. 7, fr. 8 *pr.*, *Dig. de inoff. test.*, V, 2).

d) I figli preteriti dalla madre o dall'avo materno, o ingiustamente diseredati da loro, potevano pure intentare la *querela inofficiosi testamenti* (vedi sopra, § 666, *Instit.*, § 1, *de inoff. test.*, II, 18, *cost.* 15 e 17, *Cod. eod.*, III, 28).

e) Di quella *querela* potevano valersi eziandio i fratelli e le sorelle del testatore, che aveva istituito una persona turpe, senza lasciare loro la legittima (*cost.* 27, *Cod. ibid.*, III, 28). È da notare, che o il testamento fosse *annullato* con la querela *nullitatis,* o fosse *rescisso* con la querela *inofficiosi testamenti,* cadeva in tutte le sue parti (Ulp., XXII, 16, 18, *Instit.* § 1, *quib. mod. test. inf.*, II, 17; fr. 10, § 2, *Dig. de leg. præst. cont. tab. b. p. petita,* XXXVII, 5; fr. 8, § 16; fr. 28, *Dig. de inoff. test.*, V, 2). Se non che i legati a favore degli ascendenti e discendenti del testatore, avevano effetto nella *bonorum possessio contra tabulas* (fr. 1 *pr.*, § 1; fr. 3, § 1; fr. 5, § 2, *Dig. de leg. præst. cont. tab. b. p. petita,* XXXVII, 5).

β) Per la Novella 115, cap. 3 e 5, fu disposto:

a) che i fratelli e le sorelle, potessero come prima attaccare il testamento, con la *querela inofficiosi testamenti,* la quale producesse i suoi pristini effetti.

b) che gli ascendenti e discendenti fossero sempre obbligati a istituirsi, e che una esclusione totale, o per diseredazione o per preterizione, non fosse ammessa se non per una delle cause enumerate dalla Novella stessa (vedi sopra, § 668-69). Il testamento che avesse contravvenuto a questa disposizione, potè essere attaccato, sia che il testatore non avesse indicato la causa della esclusione, sia che quella indicata non fosse legale, sia che non fosse sussistente in fatto. Si questiona fra gli interpreti del diritto Romano con qual mezzo si potesse attaccare il testamento. L'opinione che a noi pare meglio fondata, e da preferirsi, si è che si dovesse attaccare con la *querela inofficiosi testamenti* (vedi Mackeldey, § 661, dal quale prendiamo tutta questa teorica per-

chè ottimamente esposta).[1] Di tale querela è necessario adesso trattare, con una certa diffusione.

§ 685. In antico, l'abbiamo detto e ripetuto più volte, se il *paterfamilias* dichiarava la sua volontà di diseredare l' *heres suus*, o se la madre, o l'avo materno preterivano i loro respettivi figli e nipoti, costoro non potevano lagnarsi. Ma l'esperienza avendo dimostrato non infrequente il caso di ingiuste diseredazioni o preterizioni, per opera dei prudenti fu introdotta la *querela* in discorso, con la quale gli ingiustamente (*inique*) diseredati o preteriti, poterono attaccare il testamento, che aveva conculcati gli uffici di carità e di affetto per i più stretti congiunti, allegando che il testatore doveva essere di *mente non sana*, quando faceva quel testamento inofficioso *inofficiosum*, (Paolo, IV, 5, 1). Ma con questa allegazione, non pretendevano già dimostrare che il testatore fosse in realtà alienato di mente, quando testò; bensì che il suo testamento, comunque fatto regolarmente, non era tale, quale un uomo giusto, in condizioni normali di mente, avrebbe fatto; perocchè ove avessero potuto dimostrare la vera alienazione mentale del testatore, non avrebbero attaccato il suo testamento come *inofficioso*, ma piuttosto come nullo (*Instit. pr., de inoff. test.*, II, 18; fr. 2 e 5, *Dig. eod.*, V, 2; Paolo, IV, 5, 1). Le cause per le quali i giudici potevano rigettare la querela, non erano determinate dalle leggi: erano rimesse al loro prudente arbitrio. Accolta la querela dai giudici, il testamento veniva ad essere invalidato in tutte le sue parti, e si apriva l'adito alla successione legittima (fr. 6, § 1; fr. 8, § 16, *Dig. de inoff. test.*, V, 2). La *querela inofficiosi testamenti* era dunque una *hereditatis petitio*, e come tale doveva essere sperimentata dinanzi ai centumviri. Tal *querela*, che pare rimonti ai tempi della repubblica (Cic., *In Ver.*, I, 42; 42, *De Oratore*, I, 38, 57), ammessa da primo probabilmente a favore dei discendenti soltanto, fu poi estesa a favore degli ascendenti, e dei fratelli e sorelle, quando questi ultimi

[1] Tre opinioni diverse sono state emesse su questa questione:

1° quella che seguitiamo (vedi in conferma della medesima una sentenza della Corte Reale di Lucca del 22 settembre 1862, *Annali di Giurisprudenza Toscana*);

2° quella che il testamento debba in ogni caso essere attaccato con la *querela nullitatis*, la quale peraltro annulli la sola istituzione dell'erede;

3° quella che il testamento sia attaccabile con la *querela nullitatis* se furono preteriti i *sui*, talchè il testamento sia dichiarato allora *nullum* in tutte le sue parti, e sia attaccabile con la *querela inofficiosi testamenti* negli altri casi.

fossero stati posposti a persona turpe. Fu detta *querela* e non azione, perchè contro un testamento regolare, non era ammissibile un' azione vera e propria: era proponibile piuttosto un lamento, diretto ad implorare l' assistenza dei centumviri. La *querela inofficiosi testamenti* fu ammessa in progresso di tempo, non solamente se i più prossimi congiunti erano stati ingiustamente diseredati o preteriti dal testatore, ma eziandio nel caso, che avesse loro lasciato troppo piccola cosa. Ed i centumviri, spendendo il loro prudente arbitrio, dovevano giudicare, se quanto era stato lasciato a coloro che si querelavano del testamento, fosse sufficente a salvarlo dall' imputazione di inofficioso. Sembra che dopo la *lex Falcidia,* venisse stabilito doversi far ragione a chi sperimentava la querela, ogni qualvolta a questo prossimo congiunto non fosse stata lasciata almeno la *quarta* parte della eredità. Fu allora, che tal querela mutò carattere, e mentre per lo innanzi si fondava sull' odiosità di togliere senza giusti motivi l' eredità ai più prossimi congiunti, in seguito ebbe per base il loro diritto a godere di una *quarta parte* dei beni di colui, cui sarebbero succeduti se testamento non fosse esistito, ossia il loro diritto ad avere la *legittima* (vedi § 675, e seg.). Costantino sanzionò il principio, già in vigore ai suoi tempi, che quando il testatore avesse lasciato una qualche cosa alle persone le quali avevano diritto alla legittima, aggiungendo che questa loro fosse completata *boni viri arbitratu,* la querela non potesse altrimenti venire intentata, ma esistesse facoltà soltanto di agire per ottenere il supplemento della legittima (*cost.* 4, *Cod. Theod. de inoff. test.*, II, 19). Giustiniano, (che come dicemmo pei discendenti mutò la quota della legittima (vedi § 676) accordò l'azione in supplemento, sebbene il testatore non avesse dichiarato volere che la legittima fosse completata (*Instit.* § 3, *de inoff. test.,* II, 18, *cost.* 30, *Cod. eod.,* III, 28). Nonostante che (a nostro credere) egli ordinasse la legittima dovere essere lasciata a titolo di istituzione (*Nov.* 115, cap. 3), quando non ricorresse una delle cause di diseredazione o di preterizione da lui enumerate, lasciò in vigore il principio, che i legittimari istituiti, non avessero la facoltà di intentare la *querela,* sebbene il testatore non avesse loro lasciato per intiero la porzione legittima, e che potessero soltanto ottenerne il supplemento (vedi sopra, § 684).

§ 686. In gius Nuovo, hanno facoltà di intentare la *querela*

inofficiosi testamenti, primi i discendenti del testatore, che hanno diritto a legittima. Mancando essi, o non volendo intentarla, hanno facoltà di intentarla gli ascendenti; per ultimo, e solamente quando fu loro preferita persona turpe, possono intentarla i fratelli e le sorelle germani e consanguinei del testatore. Allorchè il diritto di intentare la querela spetta a più persone insieme, e l'una di queste non la intenta, la sua parte si accresce alle altre (fr. 16 *pr.*, fr. 17 *pr.*, fr. 23, § 2, *Dig. de inoff. test.*, V, 2), e se tutti coloro che hanno pei primi quel diritto, non lo esercitano, esercitare lo possono coloro, che lo hanno posteriormente. Non hanno facoltà di intentare la *querela* in discorso coloro che non potrebbero succedere *ab intestato* (fr. 1, § 1, *Dig. de bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4; fr. 6, § 1, *Dig. de inoff. test.*, V, 2), perchè ad essi non gioverebbe la vittoria che ottenessero contro il testamento, dovendosi allora l'eredità deferire *ab intestato*.

§ 687. La *querela inofficiosi testamenti* ha da essere diretta contro l'erede istituito nel testamento. Se è intentata da un ascendente o da un discendente, è diretta contro chiunque sia stato istituito erede (fr. 8, § 2, *Dig. de inoff. testam.*, V, 2), o tiene il posto di erede (*cost.* 1 e 10, *Cod. eod.*, III, 28). A quest'ultimo incombe l'onere di provare, che è vera la causa di diseredazione addotta dal testatore, la cui verità viene impugnata dal discendente o dall'ascendente (*Nov.* 115, cap. 3, § 13 *in fine*). Se invece la querela è intentata dai fratelli o sorelle, è diretta soltanto contro quell'erede, cui può essere applicata la qualifica di persona turpe, ed essi hanno l'obbligo di provare la turpitudine dell'istituito (fr. 5; fr. 24, *Dig. de inoff. test.*, V, 2; *cost.* 27, *Cod. eod.*, III, 28).

§ 688. Lo scopo della *querela inofficiosi testamenti*, è di ottenere la rescissione del testamento, e la restituzione dell'eredità. Se chi la intenta è l'unico erede *ab intestato* esistente, mercè la medesima mira ad ottenere, che gli venga restituita tutta l'eredità; se è un coerede, mira a farsi restituire quella porzione di eredità che *ab intestato* gli sarebbe spettata (fr. 8, § 8; fr. 19, *Dig. de inoff. test.*, V, 2). Del pari i fratelli e le sorelle, cui fu preferita una persona turpe, non possono intentarla contro costei, se non che per la quota che loro sarebbe spettata in caso di successione *ab intestato*; e quando il testatore avesse preferito ai fratelli ed alle sorelle due persone, l'una onesta, turpe l'altra, detti fratelli e sorelle non potrebbero intentarla, che per la por-

zione di eredità in cui fu istituita la persona turpe (*cost.* 27, *Cod. th. t.*, III, 28).

§ 689. Importa esaminare gli effetti della *querela inofficiosi testamenti;* e per procedere con ordine in questo esame, bisogna osservare se la querela fu *accolta* o *rigettata.*

A. Se fu *accolta,* è necessario distinguere se fu intentata dagli ascendenti o discendenti del testatore, o dai fratelli e sorelle, cui fu preferita una persona turpe.

a) Accolta che sia la querela, intentata da un discendente o da un ascendente, il testamento in gius Novissimo non è più come in gius Antico invalidato o rescisso (*rescissum*) in tutte le sue parti: bensì è invalidato soltanto circa alla istituzione di erede. L'istituzione dell'erede è invalidata per intiero, quando il querelante ha diritto di chiederne lo invalidamento totale, perchè è il solo erede *ab intestato* esistente; in caso diverso è invalidata per quella parte, che egli chiede (vedi il paragrafo antecedente). Tutte le altre disposizioni, contenute nel testamento, come legati, fedecommessi, ec. rimangono valide (*Nov.* 115, cap. 3, § 14, *in fine* cap. 4, § 9, *ibid.*). Attalchè quando l'istituzione dell'erede è totalmente invalidata, l'eredità è deferita *ab intestato* (*Nov.* 115, cap. 3). Qualora poi l'istituzione dell'erede sia invalidata solamente in parte, l'eredità è deferita in un ordine misto, cioè *ab intestato* per la parte che il querelante consegue, *per testamento* per la parte che rimane all'erede istituito; ed i debiti ed i legati fanno carico a ciascuno di costoro in proporzione della quota di eredità che conseguono (fr. 15, § 2; fr. 16 *pr.*, fr. 19; fr. 24; fr. 25, § 1, *Dig. de inoff. testam.*, V, 2). In tal caso si fa eccezione alla regola: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.* (vedi sopra, § 589 in fin.).

b) Accolta che sia la querela, intentata dai fratelli e sorelle, bisogna parimente distinguere:

1° Istituita una persona turpe, è invalida totalmente la istituzione, il testamento *cade in tutte le sue parti*, per i fratelli e per le sorelle rimanendo sempre in vigore il diritto antico circa alla querela, (*Nov.* 22, cap. 47), e la successione è deferita *ab intestato;* invalidata la istituzione parzialmente, l'eredità si deferisce in un *ordine misto: pro parte testatus, pro parte intestatus:* ed i legati rimangono validi.

2° Accade lo stesso se viene istituita una persona turpe, per

una quota dell'eredità, e pel rimanente una persona onesta; se nonchè in tal caso l'istituzione della persona turpe, è invalidata o totalmente o parzialmente, secondo la quantità della porzione *ab intestato*, che hanno diritto di esigere i querelanti; mentre l'istituzione della persona onesta, resta valida, come validi rimangono i legati (*arg.*, fr. 15, § 2; fr. 24, *Dig. de inoff. test.*, V, 2, *cost.* 13, *Cod. eod.*, III, 28).

B. Rigettata la querela, il testamento naturalmente rimane efficace, ed il querelante generalmente perde tutto quanto per quel testamento gli era stato lasciato (fr. 8, § 14, *Dig. de inoff. test.*, V, 2).

§ 690. La querela *inofficiosi testamenti* non può intentarsi:

1° Quante volte esiste un altro rimedio per ottenere l'invalidazione del testamento; è dessa un mezzo sussidiario, che non può dunque essere adoperato, se non che secondo la sua natura (*Instit.*, § 2, *de inoff. test.*, II, 18, *cost.* 4, *Cod. de lib. præt.*, VI, 28).

2° Se da chi ha diritto di intentarla, si lasciarono trascorrere 5 anni dal momento dell'adizione della eredità eseguita dall'erede testamentario (fr. 8, § 17; fr. 9, *Dig. de inoff. test.*, V, 2, *cost.* 34 e 36, § 2, *Cod, eod.*, III, 28, *cost.* 2, *Cod. in quib. caus. in int. rest. neces. non est*, II, 41).

3° Se chi aveva diritto di intentare la querela, approva espressamente o tacitamente, da sè, o per mezzo di altri il testamento, che poi vorrebbe attaccare come inofficioso; purchè ad approvarlo implicitamente non fosse forzato per dovere di ufficio (fr. 10, § 1; fr. 12; fr. 23, § 1; fr. 31, § 4 *pr.*, *Dig. h. t.*, V, 2). Esempigrazia, se il figlio diseredato si fosse presentato in giudizio come procuratore d'un legatario, egli avrebbe riconosciuto il testamento nel quale quel legato si contiene, e non potrebbe più attaccarlo in proprio con la querela dell'inofficioso; ma se avesse agito in quel modo come tutore d'un pupillo, potrebbe intentare la querela, perchè avrebbe agito per dovere di ufficio (*Instit.*, § 4, *h. t.*, II, 18; fr. 10, § 1; fr. 32, *Dig. eod.*, V, 2).

4° La querela si trasmette al *discendente* di chi ha il diritto di intentarla, se questi muore senza avervi rinunziato espressamente, e prima che sia trascorso il quinquennio sopra indicato; ma non si trasmette ad *altri eredi*, se non quando fu intentata dal loro autore, o questi muore mentre l'erede istituito deliberava di accettare o di ripudiare l'eredità (fr. 6, § 2; fr. 7, *Dig. h. t.*, V, 2, *cost.* 5, 34 e 36, *Cod. eod.*, III, 28).

§ 691. Non è mai esperibile la querela contro:

1° Il testamento del militare fatto *jure militari*, supposto che il testatore sapesse che aveva, o che avrebbe avuto in seguito dei legittimari (*Instit.*, § 6, *de exh.* lib., II, 13, *cost.* 9, *Cod. de inoff. test.*, III, 28, *cost.* 9, 10, 17, *Cod. de testam. milit.*, VI, 21).

2° Non è esperibile la querela neppure contro il testamento del figlio di famiglia, che dispone del peculio castrense o quasi castrense, finchè il testatore rimane figlio di famiglia (*cost.* 37, *Cod. de inoff. test.*, III, 28, *Nov.* 123, cap. 19).

3° Non è esperibile contro la sostituzione pupillare, fatta dal padre (fr. 8, § 5, *Dig. de inoff. test.*, V, 2).

4° Finalmente non lo è, contro la *exheredatio quæ bona mente fit*, cioè fatta con lo scopo di giovare al diseredato e non di nuocergli (fr. 18, *Dig. de lib. et post.*, XXVIII, 2; fr. 16, § 2 e 3, *Dig. de curat. furios.*, XXVII, 10; fr. 12, § 2; fr. 47, *Dig. bonis libert.*, XXXVIII, 2, *cost.* 25, *Cod. h. t.*, III, 28).

CAPITOLO VI.

CAUSE D'INVALIDITÀ DEI TESTAMENTI.

(*Instit.*, lib., II, tit. 17, *Quibus modis testamenta infirmentur*, *Dig.*, lib. XXVIII, tit. 3, *De injusto, rupto, irrito facto testamento*, tit. 4, *de his quæ in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur*).

§ 692. Il testamento può essere invalido fino da primo, come il *nullum* e l'*injustum*, e può divenirlo in seguito, come il *ruptum*, l'*irritum*, il *destitutum*, e il *rescissum*.[1]

[1] Riguardo alla invalidità dei testamenti si può dire che anche pel Codice nostro i testamenti sono *nulli, rotti, destituti, irriti*, e di più anzichè *inofficiosi*, come potevano essere nel diritto Romano, sono pel Codice *riducibili*. Andiamo a dichiarare il significato di tutti questi nomi applicati da noi alle disposizioni del Codice.

Pel Codice stesso si può dire *nullo* il testamento fatto da chi era incapace di testare (art. 763), come pure il testamento viziato da *violenza, errore* (art. 828) ec.

Nullo è parimente il testamento fatto senza le formalità stabilite dal Codice, sotto pena di *nullità* (art. 804); è questo il testamento che i Romani chiamavano *injustum*. Ricordiamo per altro, che se un testamento segreto ricevuto da notaio o da altro pubblico uffiziale autorizzato a riceverlo, non potesse valere come tale, varrebbe come testamento olografo, qualora ne avesse i requisiti (art. 804, capoverso).

Nullo è parimente quel testamento che non contiene altro che disposi-

A) Testamenti invalidi fino da primo.

a) *Testamentum nullum.*

§ 693. È nullo il testamento:

1° Se il testatore non era capace di testare (vedi sopra, § 600 e seg.).

2° Se l'erede istituito senza sostituzione, nel tempo che

zioni, dalla legge dichiarate *nulle* (art. 828, 830, 831, 833, 834, 835, e seguenti 843, 852).

Rotto può chiamarsi, anche di fronte al Codice nostro, il testamento, se viene:

A) revocato per mutata volontà del testatore,

B) o revocato di diritto per la esistenza o sopravvenienza di un figlio o discendente legittimo del testatore, benchè postumo o legittimo o adottivo, quando il testatore al tempo del testamento non aveva o ignorava di avere figli o discendenti.

A) È in libertà del testatore, il revocare o cangiare le sue ultime volontà fatte per testamento: ogni clausula o condizione contraria è nulla (art. 916, che concorda col fr. 4, *Dig. de adim. vel transf. leg.*)

Il testatore può pel Codice revocare o cangiare le sue ultime volontà o espressamente o tacitamente.

Può il testatore revocare in tutto od in parte il suo testamento anteriore *con un atto ricevuto da notaio in presenza di quattro testimoni* che lo sottoscrivano, in cui il testatore personalmente *dichiari* di revocare in tutto o in parte la disposizione anteriore.–Revoca espressa, le cui *forme* sono *sacramentali*, e che non ha le forme nè l'intendimento di un testamento.

Può ancora il testatore con un testamento posteriore revocare in un modo espresso il testamento anteriore.

Si osservi che pel Codice nostro (a differenza dal diritto Romano) potendosi morire con più testamenti tutti ugualmente validi, il testamento che non revoca in modo espresso i precedenti, revoca *tacitamente* in questi, soltanto le disposizioni che si trovassero *contrarie alle nuove* o *incompatibili con esse* (art. 917 e 920). La intenzionale lacerazione o cancellatura del testamento, sarebbero evidentemente revoche tacite del medesimo.

È notevole che i testamenti revocati o per atto notarile o per altro testamento posteriore non hanno più effetto; le disposizioni contenute nei medesimi non si possono far rivivere, se non con un nuovo testamento (art. 919).

Vuolsi pure avvertire, che un *testamento nullo*, non può avere l'effetto di un atto notarile per rivocare i testamenti anteriori (art. 918); e di vero un testamento *nullo* non può produrre nessuno effetto.

E finalmente è da ritenere che la rivocazione fatta con un testamento posteriore ha pieno effetto, ancorchè questo nuovo atto resti senza esecuzione (*destituto*), perchè l'erede istituito o il legatario sia premorto, sia incapace, o renunzi all'eredità o al legato (art. 921). Un testamento che rimane senza esecuzione non è *nullo:* la revoca che esso contenesse di un testamento anteriore, sarebbe dunque efficace.

B) Le disposizioni a titolo universale o particolare fatte da chi al tempo del testamento non aveva od ignorava di avere figli o discendenti, sono *rivocate di diritto* per l'esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendente *legittimo* del testatore benchè postumo o legittimato o adottivo (art. 888).

Lo stesso ha luogo ancorchè il figlio fosse concepito al tempo del testamento, e trattandosi di figlio naturale legittimato, ancorchè fosse già stato riconosciuto dal testatore prima del testamento e soltanto legittimato dopo (art. 888, capoverso 1°).

Questa rivocazione non avrebbe luogo qualora il testatore avesse prov-

venne fatto il testamento era morto, od era incapace di essere istituito (vedi sopra, § 655 e seg.).

3° Se la disposizione di ultima volontà è viziata da errore,

veduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi (art. 888, ultimo capoverso).

Se i figli o discendenti sopravvenuti premorissero al testatore, la disposizione avrebbe il suo effetto (art. 889).

Tale specie di *revoca di diritto* ricorda la *rottura del testamento* per agnazione di postumo, o di quasi postumo, conosciuta dal diritto Romano; rammenta pure le disposizioni della legge *Junia Velleja*, ed i provvedimenti del Pretore nel caso di premorienza del postumo al testatore (vedi il testo alle presenti note, § 662, 663, 697 di questo II° volume).

Può dirsi, nel sistema del Codice nostro, *destituto* il testamento il quale non contiene che disposizioni in favore di persone le quali non sono sopravvissute al testatore, o che sono incapaci (art. 890), o disposizioni fatte sotto condizione sospensiva a favore di persona che muore prima che siasi verificata la condizione (art. 853), o disposizioni a favore di persone che vi renunziano (art. 891). Imperocchè in tutti questi casi dette disposizioni sono *senza effetto* (art. 853, 890) o *caduche* relativamente all'erede o al legatario che renunzia (art. 891).

Appena per altro occorre dire, che ove nel testamento fossero altre disposizioni (oltre quelle senza effetto, o caduche) il testamento varrebbe, per queste, comunque fossero disposizioni a titolo singolare. E di vero nel sistema del Codice il testamento sussiste anche senza istituzione di erede, o nonostante che questa istituzione rimanga senza effetto, potendosi l'eredità deferire parte *per testamento* e parte *ab intestato*.

Una notevole disposizione della nostra attuale legislazione occorre nel caso in cui il testamento divenga *destituto* per incapacità dell'erede o del legatario, o per la premorienza dell'erede o del legatario; e questa si è, che i discendenti dell'erede o del legatario *premorto* od *incapace*, sottentrano nella eredità o nel legato, *nei casi in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentanza se si trattasse di successione intestata*, eccetto che il testatore abbia altrimenti disposto, ovvero si tratti di legato, di usufrutto o di altro diritto di sua natura personale (art. 890). In una parola il Codice nostro ammette in tali casi una *sostituzione* di *diritto*, o meglio una *rappresentazione*, ancora in materia di successione testamentaria. Un'anomalia di consimile genere, alcuni recenti interpreti del diritto Romano pretendono leggerla nella celebre costituzione di Teodosio II, dell'anno 450 (*cost. un., Cod. de his qui ante apert. tab.*), senonchè la riconoscono limitata all'istituzione fatta da un ascendente a favore di un discendente, il quale fosse morto prima dell'apertura del testamento, lasciando dei discendenti; questi discendenti secondo alcuni interpreti della citata costituzione, dovevano in forza della medesima, considerarsi come *sostituiti dalla legge* all'ascendente loro, istituito (vedi Burchardi, *Sist. e storia del Dir. Rom.*, vol. II, § 368, Haimberger, *Instit.*, § 374 ec. ec.). Alcuni pratici poi avevano tentato di far prevalere il principio che *nepotes in persona patris quem repræsentant, videntur instituti* (Molineus, *in* L. 3, *si mater*, *Cod. de inoff. testam.*) La nostra legislazione ha accolta ed estesa questa anomala rappresentazione testamentaria, forse perchè le parve fondata sulla presunta volontà del testatore, consentanea ai principii della uguaglianza, e non discorde dalle aspirazioni della coscienza giuridica popolare.

Testamento *irrito*, potrebbe chiamarsi (volendo porre una distinzione nel nome fra le varie maniere di invalidità riconosciute dal Codice) il testamento fatto in tempo di pestilenza, *sei mesi dopo* che ha cessato di dominare la malattìa contagiosa, sebbene l'articolo 790 lo dica *nullo; irrito* potrebbe ugualmente chiamarsi il testamento fatto in mare, *tre mesi dopo* che il testatore è disceso in luogo in cui avrebbe potuto far testamento nelle forme ordinarie, sebbene l'articolo 798 dica questo testamento *senza effetto;* e finalmente pure *irrito* potrebbe appellarsi il testamento privilegiato dei militari, *tre mesi* dopo

dolo, timore o violenza (fr. 9, *Dig. de hered. instit.,* XXVIII, 5; fr. 3, *Dig. de reb. dub.,* XXXIV, 5; fr. 3, § 7, *de bon. pos. sec. tab.,* XXXVII, 11; fr. 2, *Dig. si quis aliquem test. prohib. vol. coeg.,* XXIX, 6, *cost.* 1 e 3, *Cod. eod.*, VI, 34), se l'istituzione fu rimessa al mero arbitrio di un terzo (vedi, § 632, lett. *h.*), se non può venire intesa (fr. 62, § 1, *Dig. de hered. instit.,* XXVIII, 5; fr. 2, *Dig. de his quæ pro non script. hab.,* XXXIV, 8; fr. 73, § 3, *Dig. de reg. juris,* L, 17), se fu una istituzione captatoria (vedi sopra, § 632, lett. *g.*) se fu sottoposta ad una condizione risolutiva ec. (vedi sopra, § 632, lett. *e*).

4° Se non fu istituito alcuno erede, e prima della Nov. 115, se era stato preterito un *heres suus* (vedi sopra § 661).

b) Testamentum injustum.

§ 694. Ingiusto, *non jure factum*, dicesi il testamento quando manca delle forme esteriori dalla legge prescritte, o quando queste sono difettose (fr. 1, *Dig. h. t.,* XXVIII, 3), per esempio se i testimoni non furono nel numero dalla legge prescritto, o al testamento mancò l'unità di contesto (cit., fr. 1, *Dig. h. t.*). Tanto il testamento nullo quanto l'ingiusto sono invalidi assolutamente in tutte le loro parti: attalchè in essi viene meno non soltanto l'istituzione dell'erede, ma ancora tutte le altre secondarie disposizioni come i legati, i fidecommessi, le donazioni *mortis causa* ec., nel modo stesso insomma che se il testatore fosse morto *ab intestato* (fr. 4 e 29, *Dig. qui test. fac. poss.,* XXVIII, 1, *cost.* 12, *Cod. de test. et quemad. test. ordin.,* VI, 23, *cost.* 29, *de fidecommis.,* VI, 42), e non possono mai divenire validi in seguito secondo il diritto Civile, quand'anche la cagione di nullità potesse poi dileguarsi. Ad essi è applicabile la celebre regola Catoniana: *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.* Tuttavia è da avvertire, che il testamento nullo era in qualche caso sostenuto dal Pretore, e valeva almeno secondo il diritto onorario. Esempigrazia, se un

il ritorno del testatore in un luogo dove potesse testare con le forme ordinarie, comunque l'articolo 803 lo chiami *nullo*.

Testamento *riducibile* poi, può dirsi quello le cui disposizioni eccedono la *quota disponibile* (art. 821, e seg.), testamento che ha qualche analogia, sebbene lontana, con l'*inofficioso* dei Romani.

testamento fosse stato *nullo* perchè non contenente la istituzione o diseredazione di un *heres suus*, e questi fosse premorto al testatore, il testamento per diritto Civile antico sarebbe per sempre rimasto *nullo*, ma il Pretore lo faceva valere dando all'istituito la *bonorum possessio secundum tabulas* (GAJO, II, 123; fr. 12 *pr., Dig. de injusto, rupto, irrito*, XXVIII, 3, vedi MACKELDEY, *Instit.*, 673). Sebbene il testamento *injustum* sia nullo in tutte le sue parti, qualche volta può avvenire che si sostenga per la clausula codicillare, clausula così concepita: Se il mio testamento non varrà come testamento, sia valido come codicillo, od in qualunque altro modo possa valere. Mercè questa clausula il testamento si considera come un codicillo, e la istituzione dell'erede come un fedecommesso; lo vedremo meglio in seguito.

B) TESTAMENTI CHE DIVENGONO INVALIDI.

a) *Testamentum ruptum.*

§ 695. Il testamento si rompe:

1° per mutata volontà del testatore:

2° per agnazione di postumo.

1° *Per mutata volontà del testatore.*

§ 696. Il testatore può mutare volontà finchè vive: *ambulatoria enim est voluntas defuncti, usque ad vitæ supremum exitum* (fr. 4, *Dig. de adim. vel. transf. leg.*, XXXIV, 4). La mutazione di volontà del testatore può manifestarsi in più maniere:

a) Con lo spezzare o distruggere le tavole testamentarie, o col cancellare o lacerare tuttociò che è scritto nel testamento, o il nome dello erede, o la propria sottoscrizione, o la sottoscrizione e il sigillo dei testimoni: purchè sia certo che tutto questo fu fatto dal testatore di propria mano, o da altri dietro suo comando, e deliberatamente, e non per caso (fr. 20, *Dig. de injust. rupt. irrit.*, XXVIII, 3; fr. 1 *pr.*, § 1, 3; fr. 2, *Dig. de his quæ in test. delent.*, XXVIII, 4; *cost.* 30, *Cod. de test.*, VI, 23).

b) Con la revoca del testamento fatta alla presenza almeno di tre testimoni abili, o fatta in giudizio, purchè da questa revoca al giorno in cui il testamento fu fatto, sieno trascorsi *dieci anni* (*cost.* 27, *Cod. de test.*, VI, 23).

c) Con la fazione di un testamento posteriore, valido almeno in principio (*Instit.*, § 2, *h. t.*, II, 17; fr. 11; fr. 16, *Dig. de inj. rupt.*, XXVIII, 3; fr. 16, § 1, *Dig. de vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6). A niuno, (se si eccettua il militare (fr. 19 *pr.*, *Dig. de testam. milit.*, XXIX, 1), è permesso morire con più testamenti, ed a chiunque è permesso dopo un testamento, farne poi un altro; dalla combinazione di questi due principi ne emerge la conseguenza, che la fazione di un secondo testamento, revoca il primo. Trovandosi due testamenti di uno stesso testatore, senza che sia possibile constatare qual fosse il primo, nessuno dei due potrebbe avere esecuzione, ed il testatore si considererebbe come morto *ab intestato* (fr. 188 *pr.*, *Dig. de reg. juris*, L, 17). Ma affinchè il secondo testamento abbia efficacia di rompere il primo, è necessario che questo secondo sia *valido*: un atto nullo non potendo produrre effetto (Gajo, II, 144, *Instit.*, § 7, *h. t.*, II, 17; fr. 2; fr. 11, *Dig. de injusto, rupto*, XXVIII, 3). Peraltro non è necessario a rompere il primo testamento, che venga adita l'eredità in forza del secondo; basta che quest'ultimo sia valido per rispetto alla forma ed alla istituzione dell'erede, e sia ordinato in guisa da potere produrre l'effetto: attalchè se l'erede scritto nel secondo testamento ripudiasse l'eredità, o fosse morto prima del testatore, o dopo di lui ma prima di adire l'eredità, non per questo avrebbe effetto il primo; anzi si farebbe luogo alla successione *ab intestato* (*Instit.*, § 2, *h. t.*, II, 17; fr. 2, *Dig. de injusto, rupto*, XXVIII, 3; Gajo, II, 144; Ulp., XXIII, 2). Il primo testamento sarebbe rotto eziandio nel caso, che nel secondo testamento, valido alla pari del primo, il testatore avesse istituito l'erede soltanto in alcune cose determinate (*Instit.*, § 3, *h. t.*, II, 17). Ma se in questo secondo testamento si trovasse la clausula espressa che il primo avesse da sortire effetto, l'erede istituito in questo secondo dovrebbe restituire a titolo di fedecommesso alla persona istituita in quel primo tutti i beni componenti l'eredità, all'infuori della cosa o delle cose determinate in cui fu istituito. Infatti, sebbene al testatore non sia lecito, fare in guisa, che due suoi testamenti sussistano contemporaneamente, ha facoltà di ordinare che l'erede da lui istituito nel secondo testamento, sia tenuto in forza di fedecommesso a dare esecuzione a tutte le disposizioni contenute nel primo (*Instit.* § 3, *h. t.*, II, 17; fr. 12, § 1, *Dig. de injusto, rupto*, XXVIII, 3). Ove poi il testa-

tore nel secondo testamento dichiarasse volere, che alcune disposizioni contenute nel primo, si considerassero come scritte nel secondo, e sortissero effetto: per tale sua nuova disposizione quelle prime avrebbero efficacia, ma non già perchè contenute nel primo testamento, bensì perchè il secondo le ha confermate riferendosi al primo. La regola, che il secondo testamento non rompe il primo, se non quando quel secondo è valido e perfetto, patisce limitazione nel caso che nel secondo testamento imperfetto, fosse istituito erede colui che avrebbe dovuto succedere *ab intestato* (fr. 2, *Dig. h. t.,* XXVIII, 3). In tal caso il secondo testamento, se è fatto alla presenza di 5 testimoni, ha efficacia non come testamento, sibbene come *ultima voluntas intestati,* ed il primo è annullato (*cost.* 21, § 3, *Cod. de testam.,* VI, 23). Pretendesi da taluno che le clausule derogatorie ostino alle mutazioni di volontà nel testatore; e per clausule derogatorie si intendono quelle con le quali il testatore dichiara, che in appresso non sarà per fare altro testamento, e che se lo facesse, questo dovrà aversi per nullo. Tale opinione non è da seguitare, neppure nell'ipotesi che la clausula derogatoria fosse vallata dal giuramento, conciossiachè osti ad accoglierla la massima fondamentale: *ambulatoria est enim humana voluntas,* ec. Il testatore, che dopo aver fatto un secondo testamento col quale ruppe il primo, annullasse poi questo secondo con l'intendimento di far ritornare in vigore il primo, ai termini rigorosi del diritto Civile non potrebbe conseguire l'intento: dappoichè quel primo testamento rotto una volta dal secondo, rotto dovrebbe rimanere, comunque il secondo fosse stato in seguito tolto di mezzo; ma il Pretore diede allo erede che era istituito in quel primo testamento la *bonorum possessio secundum tabulas* (fr. 11, § 2, *Dig. de bon. poss. sec. tab.,* XXXVII, 11).

2° *Per agnazione di postumo.*

697. Abbiamo già trattato, nel parlare della diseredazione, della rottura del testamento in conseguenza dell'agnazione di un postumo o di un quasi postumo (vedi sopra, § 660, 661); abbiamo indicato quali fossero i mezzi per evitare ordinariamente tale rottura; ed abbiamo detto come vi fossero alcuni casi nei quali evitare non si poteva (vedi sopra, § 662): in quei casi, dice Gajo, che il testa-

mento era rotto sempre (*omnimodo*), sia che quei nuovi agnati o quasi agnati, fossero stati in prevenzione, diseredati, sia che fossero stati istituiti (GAJO, II, 140, 141). Diseredarli validamente infatti, non era possibile, perchè nell'istante in cui il testamento veniva fatto, non erano nel novero degli *heredes sui,* attalchè non si poteva loro togliere un diritto, che per anco non avevano. Ma se si potesse *istituirli* in prevenzione, in seguito fu disputa. Alcuni giureconsulti, come Scevola e Papiniano, ritenevano, che se il nuovo *heres suus* sopraggiunto nella *familia,* era stato istituito in prevenzione, il testamento non fosse rotto, e Giustiniano accolse quest'opinione (fr. 18, *Dig de injusto, rupto,* XXVIII, 3, fr. 23, *Dig. de lib. et posth.,* XXVIII, 2, *Instit.,* § 1, *h. t.,* II, 17). In diritto Antico il testamento rotto, per l'agnazione del postumo o quasi postumo, era invalidato in tutte le sue parti (*Instit.* § 1, *de exh. lib.,* II, 13), ma in gius Nuovo, sebbene ciò sia da alcuni impugnato, sembra che sia invalidato soltanto per riguardo alla istituzione dell'erede, e quando venga intentata la *querela inofficiosi testamenti* (*Nov.* 115, cap. 3). Il testamento rotto per agnazione di postumo ero invalidato per sempre di fronte al diritto Civile, quand'anche il postumo fosse premorto al testatore: il Pretore per altro, lo dicemmo, accordava in tal caso all'erede istituito la *bonorum possessio secundum tabulas* (fr. 12 *pr., Dig. de injusto, rupto,* XXVIII, 3).

b) Testamentum irritum.

§ 698. Irrito diviene il testamento, allorquando il testatore subisce una *capitis diminutio* qualunque, eccettuata quella derivante *ex captivitate* (vedi sopra, § 601, lett. *e*): imperocchè con la *maxima capitis diminutio* si perde la libertà con la *media* la cittadinanza, con la *minima,* la indipendenza: tre qualità indispensabili al godimento della *testamentifactio* attiva (*Instit.* § 4, *h. t.,* II, 17, GAJO, II, 145; ULP., XXIII, 4; fr. 6, § 5, 6, 7, *Dig. de injusto, rupto,* XXVIII, 3). Il testamento irrito era invalidato in tutte le sue parti (fr. 6, § 5, 11, *de injusto, rupto, irrito, Dig.,* XXVIII, 3; fr. 3, *in fine, Dig. de his quæ pro non script. hab.,* XXXIV, 8, *Instit.* § 5, *h. t.,* II, 17); se non che, ove il testatore avesse ricuperato il suo pristino *status,* che per la diminuzione di capo aveva perduto, il Pretore accordava agli eredi istituiti la *bonorum possessio*

secundum tabulas (*Instit.*, § 6, *h. t.*, II, 17). Ma se il testamento diveniva *irrito* per la *minima capitis diminutio*, il Pretore accordava tal *bonorum possessio* soltanto quando quel testatore dopo essere ritornato *sui juris*, avesse dichiarato in un codicillo od in un altro atto, essere sua volontà che quel testamento valesse (fr. 11, § 2, *Dig. de bon. poss. sec. tab.*, XXVII, 11; fr. 12 *pr.*, *Dig. de injusto, rupto*, XXVIII, 3).

c) *Testamentum destitutum, seu desertum.*

§ 699. Chiamasi destituto o deserto il testamento, allorchè l'erede istituito nel medesimo, non vuole o non può adire l'eredità, sia perchè diviene incapace dopo la istituzione, sia perchè premuore al testatore, sia perchè la condizione cui la istituzione è subordinata, non si verifica. Affinchè il testamento divenga *destituto*, è necessario che non esista nè coerede, nè un sostituito, che prenda il posto di chi non vuole o non può adire l'eredità. In gius Antico, un tal testamento diveniva invalido in tutte le sue parti (fr. 1, *Dig. de injusto, rupto*, XXVIII, 3, *Instit.*, § 7, *de hered. quæ ab int.*, III, 1); si dubita se questo avvenga tuttora in gius Nuovo; la opinione preferibile è quella di chi ritiene, che eziandio in gius Nuovo sia invalidato del tutto; ed in vero analizzando la Novella 1, cap. 1 e 2, § 2, di Giustiniano, che si pretende abbia mutato il diritto in questa parte, non occorrono quelle modificazioni che taluno vorrebbe leggervi. In pratica tal questione aveva poca importanza, conciossiachè di ordinario si solesse aggiungere dai notari ai testamenti la clausula codicillare, onde se il testamento non valeva come tale, valendo come codicillo, i legati, e le altre disposizioni secondarie del testamento si sostenevano: come quelle che eziandio per codicillo potevano farsi.

§ 700. Avveniva talora a Roma, che essendo istituito erede colui al quale sarebbe stata deferita la successione *ab intestato*, questi trovasse vantaggio a repudiare l'eredità testamentaria per fare in quel modo cadere i legati, e le altre disposizioni secondarie contenute nel testamento, ed acquistare poi libera da ogni onere la successione *ab intestato*. Per impedire questa frode, il Pretore col suo Editto obbligò l'erede, che ripudiava l'eredità testamentaria per acquistarla poi *ab intestato*, alla prestazione dei legati, ed alla osservanza delle altre disposizioni secondarie del testamento

(fr. 1, *Dig. si quis omiss. testam.*, XXIX, 4, *cost.* 2 *e ult. Cod. eod.*, VI, 39). Lo stesso fu ordinato nel caso che l'erede testamentario avesse repudiato l'eredità per insinuazione dell'erede legittimo, il quale gli avesse pagato o promesso un qualche valore, affinchè egli repudiasse a danno dei legatari (fr. 2, 3, *Dig. eod.*, XXIX, 4; *cost.* 1, *Cod. eod.*, VI, 39). Parificata a queste due repudie dolose, fu eziandio la repudia ordinata dall'erede legittimo all'erede testamentario, sul quale avesse patria potestà (fr. 1, § 2, *Dig. eod.*, XXIX, 4). In seguito il principio, che si dovessero prestare i legati, ed osservare le altre disposizioni secondarie del testamento, in caso di repudia dolosa fatta per *prezzo*, fu esteso dalla giurisprudenza alla repudia fatta *per odio* verso i legatari, e con la intenzione di favorire gli eredi legittimi (fr. 4, *Dig. eod.*, XXIX, 4). Siffatte repudie dolose divennero infrequenti, quando la legge *Falcidia*, assicurò all'erede testamentario la *quarta parte* libera dall'eredità: essendochè allora egli così trovasse sempre un interesse ad acquistare la eredità; i testatori poi efficacemente le impedirono, mediante le sostituzioni volgari.

d) *Testamentum rescissum.*

§ 701. Abbiamo già detto, che *rescisso* si chiama il testamento invalidato in conseguenza della querela *inofficiosi testamenti* (vedi sopra, § 683-89). Di questo testamento avendo già trattato, non ripeteremo ora le nostre parole.

PARTE III.

Della delazione dell'eredità per legge.[1]

(*Instit.*, lib. III, tit. 1, *de hereditatibus quæ ab intestato deferuntur*; tit. 2, *de legitima agnatorum successione*; tit. 3, *de senatusconsulto Tertulliano*; tit. 4, *de senatusconsulto Orphitiano*; tit. 5, *de successione cognatorum*; tit. 6, *de gradibus cognatorum*: *Dig.*, lib. XXXVIII, tit. 6, *si tabulæ testamenti nullæ extabunt unde liberi*; tit. 7, *unde legitimi*; tit. 8, *unde cognati*; tit. 16, *de suis et legitimis heredibus*; tit. 17, *ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum*, *Cod.*, lib. VI, tit. 14, *unde liberi*; tit. 15, *unde legitimi et cognati*; tit. 55, *de suis et legitimis liberis*, tit. 56, *ad senatusconsultum Tertullianum*; tit. 57, *ad senatusconsultum Orphitianum*, tit. 58, *de legitimis heredibus*; tit. 59, *communia de successionibus*.)

CAPITOLO I.

PRINCIPII GENERALI.

§ 702. Allorquando il cittadino defunto non ha lasciato testamento, o non ha lasciato un testamento valido, la sua eredità si

[1] L'articolo 720 dispone: La successione si devolve per *legge* o per *testamento*. Non si fa luogo alla successione *legittima*, se non quando manchi in tutto od in parte l'eredità testamentaria.

La legge nostra devolve la successione:

I. Ai parenti *legittimi*. { a) Ai discendenti; b) Agli ascendenti; c) Ai collaterali }

II. Ai figli *naturali*.

III. Al coniuge superstite.

In mancanza di tutte queste persone, al patrimonio dello Stato (art. 721).

La legge nel regolare la successione considera la *prossimità della parentela*, e non la *prerogativa della linea*, nè la *origine dei beni*, se non nei casi e nei modi dalla legge stessa espressamente stabiliti (art. 722). Laonde il Codice nostro rigetta il voto *agnatizio*, e la *cost.* 3, *Cod. de secund. nupt.*, non fa insomma distinzione di sesso nè di provenienza dei beni, e condanna l'antico adagio *paterna paternis, materna maternis*. Ricordiamo che oltre gli *indegni* (art. 725) sono incapaci di succedere per legge (art. 724):

1° coloro che al tempo dell'apertura della successione non sieno ancora concepiti;

2° coloro che non sono nati *vitali*; mentre, lo vedemmo, possono ricevere

deferisce a tenore di legge: si fa luogo cioè alla delazione legittima dell'eredità, ossia *ab intestato*. Ma finchè vi è la possibilità, che l'eredità sia adita da un erede testamentario, non si deferisce *ab intestato: quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*. (*Instit. pr., de hered. quæ ab. int.,* III, 4;

per testamento i figli *immediati* di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore; quantunque non sieno ancora concepiti (art. 764).

Per esporre con ordine il sistema delle successioni legittime, prima diremo della successione dei parenti legittimi, poi della successione dei figli naturali, in terzo luogo della successione del coniuge superstite, in ultimo luogo della successione dello Stato.

Intanto è prezzo dell' opera premettere alcune regole relative alla rappresentazione, la quale (eziandio pel Codice nostro) ha per effetto di fare entrare i rappresentanti nel *luogo*, nel *grado* e nei *diritti* del rappresentato (art. 729); ossia che egli *avrebbe avuto* se non fosse premorto all'apertura della successione.

1° La rappresentazione nella *linea retta discendente*, ha luogo in infinito ed in tutti i casi, sia che i figli del defunto concorrano coi discendenti di altro figlio premorto, sia che tutti i figli del defunto essendo mancati di vita prima di lui, i discendenti di detti figli si trovino fra loro in gradi uguali o disuguali. e quantunque in parità di grado vi sia disuguaglianza di numero in alcuna stirpe di essi (art. 730, col quale concorda la *Novella* 118, cap. 1).

2° Fra gli *ascendenti* non vi ha rappresentazione: il più prossimo esclude gli altri più remoti (art. 731, col quale concorda la *Novella* 118, cap. 2).

3° Nella *linea collaterale*, la rappresentazione è ammessa soltanto in favore dei *figli* e *discendenti* dei *fratelli* e *delle sorelle del defunto*, sia che essi concorrano alla successione coi loro zii e zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la successione sia devoluta ai loro *discendenti* in gradi uguali od inuguali (art. 732). La rappresentazione non è ammessa nella successione degli altri collaterali. Per diritto Romano la rappresentazione in questa linea dei collaterali, non era ammessa. Giustiniano con la Novella 118, cap. 3, l'accordò ai figli e figlie dei fratelli e sorelle nel concorso con gli zii e zie, e con la Novella 127 l'accordò *ai figli e figlie* di fratelli e sorelle *germani* del defunto nel concorso con gli zii e zie e con gli ascendenti, sia che concorressero con gli zii e zie soltanto, sia che eziandio degli ascendenti concorressero con questi fratelli e sorelle del defunto (*cit. Nov.* 127, cap. 1). Ma per diritto Romano (a differenza dal Codice nostro) mentre la rappresentazione è accordata ai *figli e figlie* dei fratelli e sorelle non è accordata agli *altri discendenti* di detti fratelli e sorelle.

4° In tutti i casi nei quali la rappresentazione è ammessa si fa *per stirpi*. Se uno *stipite* ha prodotto più *rami*, la divisione si fa *per stirpi* in ciascun *ramo*, e fra i membri di un medesimo ramo si fa per *capi* (art. 733 col quale concorda la Novella 118, cap. 1° per la rappresentanza nella linea retta discendentale).

5° Non si rappresentano le persone viventi eccetto che si tratti di persone *assenti*, e *incapaci di succedere* (art. 734, e circa agli *assenti* vedi l'art. 43, circa *agli incapaci di succedere* l'art. 728) Si noti che il citato art. 734 negando la rappresentanza di persone viventi (che non sieno assenti o incapaci di succedere) viene implicitamente a vietare la rappresentazione ai figli e discendenti di chi rifiutò un' eredità. Laonde se il padre rinunzia ad un' eredità i suoi figli non potranno acquistarla per rappresentazione (art. 947).

6° Si può rappresentare la persona alla cui successione si è rinunziato (art. 735). Possono esempigrazia i figli che rinunziarono all'eredità del padre, venire per rappresentazione all'eredità dell'avo paterno che in seguito si aprisse, ed alla quale sarebbe chiamato il padre loro se fosse vivo; perocchè col rinunziare all'eredità del padre, non hanno rinunziato al diritto di rappresentarlo. Con i due citati articoli 734 e 735 concorda, se si prescinde ciò che riguarda l'assente, il diritto Romano nei fr. 7, *Dig. de his qui sui vel al. jur.*

fr. 39, *Dig. de acq. vel amitt. hered.*, XXIX, 2; *cost.* 8, *Cod. comm. de succes.*, VI, 59). Laonde l'eredità *non si deferisce sempre ab intestato* nell'istante in cui muore la persona che la lascia, bensì sempre nel momento in cui si acquista la certezza, che successione testamentaria non può esistere: *eo tempore quærendum est*,

fr. 1, § 4; fr. 11, *Dig. de suis et legit. hered.*; fr. 1, § 8 *in f.*, *Dig. ad SC. Tertull.*, *Nov.* 118, cap. 1 e 3).

I. *Della successione dei parenti legittimi.*

1ª *Classe. Discendenti.* Al padre alla madre e ad ogni altro ascendente succedono i loro figli *legittimi*, o i loro discendenti, senza distinzione di sesso e quantunque nati da matrimoni diversi.

Essi succedono in capi quando sono tutti in primo grado, per stirpi quando tutti o alcuni di essi succedono per rappresentazione (art. 736 che concorda con la Novella 118, cap. 1).

Sotto nome di figli *legittimi* si intendono anche i figli *legittimati*, gli *adottivi*, e i loro discendenti. Però i figli adottivi e i loro discendenti succedono bensì all' adottante in concorso anche dei figli legittimi, ma sono estranei alla successione di tutti i congiunti dell'adottante (art. 737).

2ª *Classe.* La seconda classe consta di sei categorie di persone.

a) i genitori del defunto. } *Ascendenti.*
b) gli ascendenti del defunto, diversi dai genitori. }
c) i fratelli e sorelle germani del defunto. }
d) i fratelli e sorelle consanguinei od uterini. } *Collaterali.*
e) i discendenti dei fratelli e sorelle germani. }
f) i discendenti dei fratelli e sorelle consanguinei od uterini. }

Vuolsi osservare che il diritto Romano chiamava a succedere i fratelli o sorelle *uterini* del defunto ed i loro figli e figlie nella stessa classe coi fratelli e sorelle *consanguinei*, ma non li chiamava a concorrere coi *germani* nè con gli ascendenti, bensì invece li collocava in una terza classe separata: quella dei fratelli e sorelle *unilaterali* e loro figli. Il Codice nostro invece li chiama a queste consuccessioni: se non che a questi *unilaterali* assegna la *metà della quota* che spetta ai germani e loro discendenti. Inoltre per diritto Romano (almeno secondo l' opinione prevalente degli interpreti) gli ascendenti escludevano i figli dei fratelli e sorelle germani del defunto, quando concorrevano con essi soltanto, senza gli zii e zie, ed a più forte ragione escludevano i fratelli e sorelle consanguinei ed uterini e loro figli: pel Codice nostro al contrario concorrono con essi.

Ciò premesso, notiamo che a questa seconda classe non si passa se non in mancanza assoluta della prima, ossia quando non esiste alcun discendente sia pure remoto.

Relativamente a questa seconda classe il Codice nostro prevede tre casi:
1° Che alla successione vengano i soli ascendenti.
2° Che alla successione vengano i soli collaterali.
3° Che concorrano alla successione e ascendenti e collaterali insieme.

1° *Soli ascendenti.*

a) A colui che muore senza lasciare prole nè fratelli nè sorelle, nè discendenti di essi, succedono il padre e la madre in uguali porzioni, o quello dei genitori che sia superstite (art. 738). I genitori dunque escludono ogni altro ascendente.

b) A colui che muore senza lasciare prole nè genitori nè fratelli o sorelle. nè discendenti di questi, succedono per una metà gli ascendenti della linea paterna, e per l' altra metà gli ascendenti della linea materna, non avuto riguardo all' origine dei beni (art. 739). Se però gli ascendenti non sono di ugual

quo certum est, aliquem sine testamento decessisse (*Instit.*, § 7, *de hered. quæ ab int.*, III, 1). Se il defunto non lasciò testamento, o se il testamento lasciato è invalido fino da primo, perchè *nullo* od *ingiusto*, la successione *ab intestato* si apre nel momento stesso in cui muore la persona della cui eredità si tratta; infatti in quel momento

grado, l' eredità è devoluta al più vicino senza distinzione di linea (art. 739, capoverso, col quale articolo concorda la Novella 118, capov. 2 di Giustiniano).

2° *Soli collaterali.*

A colui che muore senza lasciare prole, nè genitori nè altri ascendenti, succedono i fratelli e le sorelle per capi, e i loro discendenti per stirpi art. 741, col quale concorda la Novella 118 combinata con la Novella 127). I fratelli e le sorelle *consanguinei* od *uterini e i loro discendenti* concorrendo con fratelli o sorelle *germani* o *loro discendenti* hanno diritto alla sola metà della quota che spetta ai germani (art. 741, capoverso). In diritto Romano, ripetiamolo, i fratelli e sorelle consanguinei od uterini e loro figli, erano esclusi dai fratelli e sorelle germani e loro figli.

3° *Ascendenti e collaterali.*

a) Se coi genitori o con uno soltanto di essi concorrono fratelli o sorelle germani del defunto, tutti sono ammessi alla successione del medesimo per *capi*; purchè in niun caso la porzione in cui succedono i genitori o uno di essi *sia minore del terzo* (art. 740): questa modificazione alla successione per capi fra le indicate persone era ignota al diritto Romano.

b) Si avverta che la parte la quale spetterebbe ai genitori viventi si devolverebbe in loro mancanza agli altri ascendenti prossimi, nel modo determinato dall' articolo 739 (art. 740, capoverso 3).

c) Se vi sono fratelli o sorelle *consanguinei* od *uterini* succedono anch' essi, ma concorrano con germani o siano soli, conseguono la sola metà della quota spettante ai germani (art. 740, capoverso 1).

d) I discendenti da fratello o sorella succedono per *stirpi* a norma degli articoli 732 e 733 (art. 740, capoverso 2) mentre per diritto Romano erano esclusi dagli ascendenti se coesistevano soltanto con essi, e se succedevano soli, succedevano per capi, almeno secondo l'opinione di Azone, generalmente preferita a quella di Accursio in questa questione.

3ª *Classe*. La terza classe consta di tutti gli *altri congiunti* senza distinzione di linea fino al 10° *grado*. In questa classe non vi ha rappresentazione. La onde morendo alcuno senza lasciar prole, nè genitori, nè ascendenti, nè fratelli o sorelle, nè discendenti da essi, la successione si apre a favore del congiunto o dei congiunti *più vicini al defunto*, senza distinzione di linea paterna o materna (art. 742). Ma la successione non ha luogo tra i congiunti oltre il 10° grado (art. 742, capoverso), mentre per diritto Romano aveva luogo senza limitazione di grado (fr. 2, § 1, *Dig. de suis et legit. hered.*, *Instit. de adgnat. succes.*, *Novella* 118, cap. 3, § 1). Ove più congiunti di questa 3ª classe fossero nello stesso grado di vicinanza al defunto, dovrebbero dividersi l' eredità in capi.

II. *Successione dei figli naturali.*

I figli naturali (per l' art. 743) non hanno diritto alla successione dei loro genitori, quando la loro filiazione *non sia legalmente riconosciuta* o *dichiarata*. Per diritto Romano succedevano sempre alla madre, indistintamente coi legittimi (fr. 2, *Dig. unde cognati*; *cost.* 5, *Cod. ad SC. Orphit.*), ed al padre succedevano nell' unico caso in cui non esistessero nè discendenti legittimi, nè

è certo, che non si potrà mai far luogo ad una successione testamentaria; ma quando il defunto lasciò un testamento, che sebbene valido fino da primo, è divenuto invalido in seguito di tempo: supposto che sia divenuto invalido vivente il testatore, la successione *ab intestato* si apre alla sua morte: e supposto che sia divenuto

moglie; e la loro successione era limitata alla *sesta parte* dell'eredità, sesta parte che dividevano con la madre loro (*Nov.* 89, cap. 12, § 4 e 6).

Riconosciuta o *dichiarata* la filiazione:

1° Se i figli naturali concorrono coi *figli legittimi* o loro *discendenti* hanno diritto *alla metà della quota* che sarebbe loro spettata se fossero legittimi (art. 744). Inoltre i figli legittimi o i loro discendenti hanno facoltà di pagare la quota spettante ai figli naturali in danaro, o in beni immobili ereditari a giusta stima (art. 744, capoverso).

2° Se il genitore non lascia superstiti figli legittimi o loro discendenti ma il padre e la madre, o l'uno o l'altro di essi, oppure il coniuge, i figli naturali succedono *nei due terzi* dell'eredità ed il resto si devolve agli ascendenti o al coniuge (art. 745).

3° Se i figli naturali concorrono a un tempo con gli ascendenti, e col coniuge del genitore, *detratto* il *terzo* dell'eredità a favore degli *ascendenti*, e il *quarto* a favore del *coniuge*, la rimanente eredità si devolve ai figli naturali (art. 745, capoverso).

4° Se al genitore non sopravvivano nè discendenti legittimi, nè ascendenti, nè il coniuge, i figli naturali succedono in tutta l'eredità (art. 747).

I figli naturali debbono imputare nella porzione in cui succedono tutto ciò che hanno ricevuto dai genitori, e che sia soggetto a collazione *nonostante qualunque dispensa* (art. 746).

Il figlio naturale ancorchè riconosciuto non ha diritto sui beni dei congiunti del padre o della madre, nè questi congiunti hanno diritto sui beni del figlio naturale (art. 749).

I discendenti legittimi del figlio naturale premorto possono reclamare i diritti di successione stabiliti a favore di lui (art. 748).

Fra fratelli naturali la legge non stabilisce nessun diritto di successione.

Questi diritti di successione dei figli naturali non si estendono ai figli di cui la legge non ammette il riconoscimento, come sono i figli adulterini, ed i figli nati da persone fra le quali non poteva esistere matrimonio per vincolo di parentela o di affinità (art. 180). Ma se la paternità o maternità loro resulti indirettamente da sentenza civile o penale, o dipenda da un matrimonio dichiarato nullo, o da esplicita dichiarazione scritta dai genitori, essi hanno diritto agli alimenti, i quali saranno loro assegnati in proporzione delle sostanze del padre o della madre, o del numero e della qualità degli eredi legittimi (art. 752).

Nei casi stessi, a più forte ragione, siffatto diritto spetta ai figli naturali la cui filiazione non sia stata riconosciuta, ma che poteva esserlo; ciò resulta dall'art. 193.

Qualora il figlio naturale muoia senza lasciare prole nè coniuge, la sua eredità è devoluta *a quello* dei genitori che lo abbia *riconosciuto* o del quale sia stato *dichiarato* figlio. ovvero *per metà* a ciascuno dei genitori se fu riconosciuto o dichiarato figlio di ambedue (art. 750). Altrimenti è devoluta allo Stato (argom. dall'art. 758).

Se al figlio naturale morto senza prole sia superstite anche il coniuge, l'eredità si devolve per una metà al coniuge, e per l'altra metà al genitore od ai genitori a norma dell'articolo 750 (art. 751).

III. *Della successione del coniuge superstite.*

1° Quando al coniuge defunto sieno superstiti figli legittimi, l'altro coniuge ha sull'eredità di lui *l'usufrutto* di una porzione ereditaria uguale a

invalido dopo la sua morte, quella successione *ab intestato* si apre nel momento, che si acquista la certezza non poter succedere nessuno erede testamentario (*Instit.*, § 6, *de legit. agnat. succes.*, III, 2; fr. 2, § 5, *Dig. de suis et legit. hered.*, XXXVIII, 16). Se non che vuolsi ricordare, che il Pretore talvolta accordava la *bonorum possessio secundum tabulas* all'erede istituito in un testamento *ingiusto o nullo, rotto od irrito* (vedi sopra, a questi titoli).

CAPITOLO II.

DIRITTO ANTICO.

§ 703. Il diritto di succedere *ab intestato* non ha sempre riposato nella legislazione Romana sullo stesso fondamento; anzi mutamenti notevoli si sono verificati in questo proposito. E di

quella di ciascun figlio, compreso nel computo del numero dei figli anche il coniuge (art. 753). Se coi figli legittimi concorressero ancora dai figli naturali, l'usufrutto del coniuge è di una porzione uguale a quella che tocca a ciascun figlio legittimo (art. 753, capoverso 1°).

Tale porzione di usufrutto non può mai essere *maggiore del quarto* dell'eredità, e può essere soddisfatta o mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o di capitali ereditari, da determinarsi d'accordo, e altrimenti dall'autorità giudiziaria, avuto riguardo alle circostanze del caso (art. 753, capoverso 2° e art. 819).

2° Quando non vi sono figli legittimi, ma ascendenti o figli naturali, o fratelli o sorelle, o loro discendenti, è devoluta *in proprietà* al coniuge superstite la *terza parte dell'eredità*. Se però il coniuge concorre a un tempo con ascendenti legittimi, e con figli naturali, non ha diritto che *al quarto* dell'eredità (art. 754).

3° Quando il defunto lasciasse altri parenti successibili, l'eredità si devolverebbe al coniuge pei *due terzi* (art. 755).

4° Quando il defunto non lasciasse parenti successibili, entro *il sesto grado*, l'eredità si devolverebbe *per intiero* al coniuge (art. 755, capoverso).

I diritti di successione accordati al coniuge superstite, non spettano al coniuge contro cui il defunto abbia ottenuto sentenza di separazione personale passata in giudicato (art. 757).

Il coniuge, concorrendo con altri eredi, deve imputare nella sua porzione ereditaria ciò che acquista in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali (art. 756). Queste disposizioni del Codice a favore del coniuge sono per lui molto più favorevoli di quelle del diritto Romano, nel quale per l'Editto del Pretore al capitolo *unde vir et uxor*, accordavasi al coniuge di succedere all'altro soltanto a preferenza del fisco.

Della successione dello Stato.

In mancanza delle persone chiamate a succedere fin qui enumerate, l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato (art. 758).

Il Codice tace sul modo col quale lo Stato acquista l'eredità vacante; non dichiara neppure gli effetti di quell'acquisto; ma egli è indubitabile che lo Stato non si obbliga verso i creditori dell'eredità vacante che fino a concorrenza dell'attivo della medesima.

vero, come fu altrove già fatto presentire, mentre un tempo fondamento della successione legittima o *ab intestato*, fu il vincolo civile dell'*agnazione*, poi lo divenne il vincolo naturale o di sangue, della *cognazione*. In questa complicata materia, si riscontrano cinque sorgenti di diritto diverse, cioè la legge Decemvirale, l'Editto pretorio, le Costituzioni degli imperatori anteriori a Giustiniano, le Costituzioni di Giustiniano anteriori alle Novelle 118, e 127, e finalmente le Novelle 118 e 127. L'indole del nostro lavoro, principalmente dommatico ci impone una certa tal qual parsimonia nel trattare delle modificazioni successive subìte dalla legislazione Romana su questo argomento, in conseguenza delle diverse Fonti di diritto, ora enumerate: noi dunque accenneremo soltanto per sommi capi, le principali fra quelle modificazioni: piuttosto ci diffonderemo sul disposto delle Novelle 118 e 127, nelle quali occorre il gius Novissimo, rinviando alle opere che trattano *ex professo* dell'istoria del diritto Romano coloro, che desiderassero maggiori e più minute notizie istoriche su tal materia.

§ 704. Per la legge Decemvirale, la successione *ab intestato* aveva a fondamento i vincoli civili di agnazione e di gentilità; riposava dunque sulla *familia*, nel senso civile Romano. Infatti per quella legge erano chiamati a succedere, questi tre ordini di persone:

1° Gli *heredes sui* del defunto.

2° Gli agnati.

3° I gentili (Paolo, IV, 8, 3). Ciò sia detto circa all'eredità di un *ingenuo*. Nell'eredità di un liberto, in antico erano chiamati a succedere:

1° in primo luogo gli *heredes sui*,

2° in secondo luogo, nel posto degli agnati, il patrono e la patrona, ed i discendenti del patrono,

3° in terzo luogo, invece dei gentili, i parenti collaterali del patrono, *familia patroni* (*Instit., de succes. libert.*, III, *cost.* 4, § 8, *Cod. de bonis lib.*, VI, 4).

§ 705. Questo ordine di successione, all'infuori da poche modificazioni, fu rispettato dal Pretore nelle *bonorum possessiones ab intestato*, che egli accordava col suo Editto. Il Pretore trattandosi della eredità di un ingenuo accordava la *bonorum possessio:*

1° Ai figli (*unde liberi*) (*Dig.*, lib. XXXVIII, tit. 6).

2° Alle persone chiamate a succedere dal diritto Civile (*unde legitimi*) *Dig.*, lib. XXXVIII, tit. 7.

3° Agli altri parenti del defunto (*unde cognati*); che il Pretore aveva sostituito ai *gentili:* il diritto dei quali sparì così presto, da non essere altro ai tempi di Gajo, se non che una sbiadita reminiscenza istorica. Finalmente il Pretore, e questa fu una sua innovazione, chiamava alla *bonorum possessio*, respettivamente:

4° Il marito e la moglie (*unde vir et uxor, Dig., h. t.,* XXVIII, tit. 11).

§ 706. Trattandosi poi dell'eredità di un liberto, chiamava alla *bonorum possessio ab intestato*, non meno di otto classi di persone (*Instit.*, § 3, *de bon. poss.*, III, 9).

1° I figli (*unde liberi*).

2° I patroni e loro figli (*unde legitimi*).

3° Dieci parenti determinati, del manomesso (*unde decem personæ*). Questa classe si incontrava soltanto nella successione di coloro, che erano liberati dal *mancipium*.

4° I parenti per sangue del liberto (*unde cognati*).

5° Gli agnati del patrono (*familia patroni*, o *tanquam ex familia*).

6° Il patrono o la patrona, del patrono o della patrona, ed i suoi discendenti (*patronus patrona, item liberi et parentes eorum*). Questa classe si incontrava nel caso che il patrono fosse un liberto egli stesso, nel qual caso il patrono suo otteneva la *bonorum possessio*).

7° Il coniuge superstite (*unde vir et uxor*).

8° I cognati del patrono (*unde cognati manumissoris*).

§ 707. Fino alle Novelle 118 e 127, l'ordine di successione *ab intestato*, stabilito dalla legge decemvirale, non fu sostanzialmente mutato; gli *heredes sui*, gli *agnati*, poi i *cognati*, (sostituiti agli antichi gentili), furono sempre tre categorie distinte di persone, chiamate all'eredità legittima. Il Pretore, il Senato, gli Imperatori senza dubbio fecero ammettere nelle categorie degli *heredes sui* e degli *agnati*, persone che il diritto Civile considerava come *cognati;* ma se si prescinde da questo, l'ordine antico rimase sempre sostanzialmente lo stesso. Nei primi nove titoli del libro III delle Istituzioni imperiali, occorre esposto l'ordine delle successioni *ab intestato*, quale era prima delle Novelle 118 e 127, vale a dire l'ordine che riposava sul disposto della legge Decemvirale, comunque modificato in qualche parte dall'Editto Pretorio, dai Senatusconsulti, e dalle Costituzioni dei principi: e

noi per fare intendere tali modificazioni, ci daremo a spiegare quali categorie di persone la legge delle XII Tavole chiamasse a succedere, e quali persone in quelle categorie fossero successivamente ascritte.

§ 708. Nella eredità di un *ingenuo*, morto *ab intestato*, primi chiamati a succedere, dalla legge decemvirale, erano:

I) Gli *heredes sui*.

Gli *heredes sui*, l'abbiamo sopra dichiarato (vedi sopra, § 660), erano quelle persone, che alla morte del *paterfamilias* si trovavano *immediatamente* sotto la sua *potestas*, o *manus*, senza interposizione di alcuna persona intermedia (*Instit.*, § 2, *de hered. quæ ab int. def.*, III, 1; GAJO, III, 2), attalchè alla morte del *paterfamilias* addivenivano *sui juris*. Dicemmo come anche i *postumi* potessero essere *heredes sui* (vedi sopra, § 662, 663). Non erano *heredes sui* dell'avo i nipoti di lui *ex filio*, se alla morte dell'avo esisteva sempre nella sua *familia* civile il figlio, padre di questi nipoti (*Inst.*, § 7, 9, 10, *de hered. quæ ab int.*, III, 1; fr. 1, § 4, 8, *Dig. de suis et legit.*, XXXVIII, 16), come pure non erano *heredes sui* i figli emancipati, nè quelli dati in adozione, nè i discendenti di una figlia: perocchè tutte queste persone non erano sottoposte alla *potestas* dell'avo. Invece l'*uxor in manu*, stando *loco filiæ*, (anche nel caso che fosse moglie del figlio *in patria potestate*) era *heres suus*. La *patria potestas* e *la manus*, essendo un diritto spettante soltanto all'uomo, le donne non avevano *heredes sui* (fr. 13, *Dig. de suis et legit.*, XXXVIII, 16; ULP., XXVI, 7; GAJO, III, 51). Gli *heredes sui* consuccedevano indistintamente, senza rispetto alla prossimità del grado: per esempio: consuccedeva il figlio del defunto, che era sotto la sua *patria potestas*, ed il nipote *ex filio* del defunto, cioè il figlio di un figlio premorto o emancipato; quest'ultimo, (il nipote cioè) succedeva nel posto del padre suo (*in locum parentis*), onde parve conseguente, che egli dovesse avere tanta parte di eredità, quanta ne avrebbe avuta suo padre. Questa divisione *in stirpes* (opposta a quella *in capita*, in cui si fanno tante parti quanti *capita*) probabilmente fu introdotta dalla legge delle XII Tavole (GAJO, III, 7, 8, 15, *Instit.*, § 6, *de hered. quæ ab int.*, III, 1, *cost.* 3, *Cod. de suis et legit. hered.*,

VI, 55). Gli *heredes sui*, tali per la legge Decemvirale, erano eredi *ipso jure*, anche a loro insaputa ed a loro malgrado.

§ 709. Il Pretore considerando quanto fosse ingiusto, che i figli (*liberi*) di un *paterfamilias* fossero esclusi dalla sua eredità, soltanto per la ragione che erano usciti dalla sua famiglia civile, diede la *bonorum possessio ab intestato* oltre che agli *heredes sui* (*Instit.*, § 3, *de bon. poss.*, III, 9; fr. 1, § 6, *Dig. si tab. test. nullæ extab. unde lib.*, XXXVIII, 6; fr. 5, § 1, *Dig. unde legitimi*, XXXVIII, 7, *cost.* 2, *Cod. de suis et legit. hered.*, VI, 55), anche a quelli che avevano cessato di essere *sui*, in conseguenza dell'emancipazione, (Gajo, III, 26, Ulp., XXVIII, 8, *Instit.*, § 9, *de hered. quæ ab intest.*, III, 1; fr. 2, 4 e 5, *Dig. si tab. test. nul. ext.*, XXXVIII, 6). Ciò stabilì in quella parte dell'Editto, nella quale trattava dei figli, per cui ad indicarla fu adoperata la locuzione *unde liberi*. Ma questi figli emancipati, non erano ammessi, che sotto la condizione di conferire nell'eredità paterna, il patrimonio, che dopo l'emancipazione potessero avere acquistato: come vedremo trattando della *collazione*. Se dei nipoti, nati da un *emancipatus*, si trovavano nella potestà dell'avo, il giorno in cui esso venne a morire, costoro erano *heredes sui*: allora, affinchè i figli del defunto per la deduzione di una doppia porzione ereditaria (cioè di una per questi nipoti, e di un'altra pel fratello emancipato) non sentissero pregiudizio, l'emancipato insieme con i figli, che aveva generato *heredes sui* del defunto, poteva avere soltanto quella porzione, che gli sarebbe spettata come *suus*, e ne cedeva la metà ai figli; lo che si diceva avvenire per l'*edictum de conjungendis cum emancipato liberis* (fr. 1 *pr.*, *Dig. de conjung. cum emancip. lib. ej.*, XXXVII, 8). I *figli dati in adozione*, ed i figli, che emancipati dal padre, si erano fatti arrogare, essendo essi pure usciti dalla *familia* civile del padre loro, non erano *heredes sui*; e perciò erano esclusi dall'eredità deferita per la legge decemvirale a quelli che rivestivano tal qualità. Ma siccome costoro avevano acquistato la qualità di *heredes sui* nella famiglia dell'adottante o dell'arrogatore, il Pretore non li soccorreva con la *bonorum possessio unde liberi*. Ove fossero stati emancipati dal loro nuovo *paterfamilias*, vivente tuttora quello antico, cioè il loro padre legittimo e naturale, in conseguenza di siffatta emancipazione riprendendo essi il loro pristino carattere e perdendo ogni diritto nella famiglia nuova in cui erano entrati,

il Pretore per non lasciarli privi di qualunque diritto di successione, accordava loro la *bonorum possessio* dell'eredità lasciata dal loro padre legittimo e naturale (*Instit.*, § 10, *de hered. quæ ab int. def.*, III, fr. 1, § 6; fr. 4 e 9, *Dig. si tab. test. null.*, XXXVIII, 6). Ma ove fossero stati emancipati dall'adottante o dall'arrogatore, *dopo la morte del loro padre legittimo e naturale,* il Pretore non accordava loro la *bonorum possessio unde liberi*, nell'eredità del padre legittimo e naturale (fr. 6, § 4, *Dig, de bon. poss. contra tab.*, XXXVII, 4), perchè sembravagli ingiusto che un estraneo (quale era l'adottante o l'arrogatore) potesse con un atto dipendente dal suo arbitrio, (l'emancipazione cioè), influire sul modo di successione dei figli nei beni del padre naturale (*Instit. cit.* § 10, III, 1). Potevano per altro questi figli in tal caso ottenere la *bonorum possessio* nell'ordine dei cognati, *unde cognati* (*Instit.* § 13, *de hered. quæ ab int.*, III, 1).

§ 710. Il Pretore aveva per cotale maniera provveduto fino ad un certo punto a riparare le ingiustizie del Diritto Civile per riguardo ai figli emancipati e dati in adozione: ma non aveva per niente migliorato le condizioni dei discendenti delle figlie, i quali, *heredes sui* non erano, perchè stranieri alla famiglia materna. Una costituzione degli imperatori Valentiniano, Teodosio, ed Arcadio provvide ai loro interessi (*Cod. Theod., cost.* 4, *de legit. hered.*, V, 1). Essa loro attribuì il carattere di *heredes sui,* in questo senso, che essi cioè potessero venire a prendere nella eredità lasciata dal *paterfamilias* della madre o ava loro, quella porzione che quella loro ascendente predefunta avrebbe avuto diritto di conseguire quale *heres suus* del defunto, ma diminuita di un *terzo,* se esistevano altri *heredes sui*, e di un *quarto* se non esistevano altro che *agnati* (*Instit.*, § 15, *de hered. quæ ab int.*, III, 1).

§ 711. Giustiniano confermò il diritto pretorio, per riguardo ai figli emancipati. Circa ai figli dati in adozione, lo abbiamo ripetuto più volte, ordinò che l'adozione *meno piena,* non privasse altrimenti gli adottati dei diritti di successione nella famiglia naturale (vedi vol. I, lib. I, § 124; vedi questo vol. II, § 667). Intorno ai discendenti provenienti da femmine, ordinò che i discendenti delle figlie del defunto, non dovessero più cedere un quarto dell'eredità agli agnati, come Valentiniano aveva prescritto (*cost.* 12, *Cod. de suis et legit.*, VI, 55, *Instit.*, § 14 e 15, *de hered. quæ ab int.*, III, 1), e poi con la Novella 18, cap. 4, volle che ancora nel

concorso con altri discendenti, dovessero conseguire tutta la porzione ereditaria materna, e non semplicemente due terzi. Queste nuove persone collocate nella categoria degli *heredes sui* dal Pretore e dalle Costituzioni imperiali, non acquistano l'eredità *ipso jure*, a loro insaputa ed anche a loro malgrado, come l'acquistano gli *heredes sui* qualificati per tali dalla legge delle XII Tavole; eccettuati per altro i figli dati in adozione *meno piena*, i quali rimangono nella potestà, e per conseguenza nella *familia* del loro padre naturale.

§ 712. In mancanza di *heredes sui*, la legge decemvirale chiamava:

II.) *Gli agnati.*

Secondo quella legge venivano in quest'ordine i collaterali di qualunque grado fossero, e di qualunque sesso, purchè della stessa *familia* civile. Ricordiamo che agnati erano anche i figli adottivi, e non solo di fronte all'adottante, ma eziandio rispetto agli agnati collaterali di questo; e che gli emancipati, i dati in adozione, i discendenti delle donne, non erano compresi nella categoria degli agnati, (vedi vol. I, lib. I, § 47, 52).

§ 713. La legge decemvirale subito dopo gli *heredes sui*, aveva chiamato a succedere gli *agnati*, ma fra gli agnati, i più prossimi essendo i fratelli e le sorelle, generati da un medesimo padre, (*consanguinei*), questi consanguinei si solevano contrapporre a tutti gli altri agnati (fr. 1 *pr., Dig. de legit. tutor.*, XXVI, 4; fr. 2, § 1, *Dig. unde legit.*, XXXVIII, 7; fr. 4, *Dig. unde cognati*, XXXVIII, 8; fr. 2, *Dig. de suis*, XXXVIII, 16), onde si vennero a distinguere quattro categorie di eredi: gli *heredes sui*, i *consanguinei*, gli *agnati*, i *gentili*. Fu questo da primo un cambiamento nella nomenclatura soltanto, il quale per altro, in seguito ebbe conseguenze importanti. Infatti prevalse il principio, che sebbene sotto la indicazione di *heredes sui*, e di *consanguinei* fossero comprese eziandio le donne, esse fossero escluse dalla qualifica di *agnati*; e che *agnati* fossero propriamente i *cognati virilis sexus, per mares descendentes* (ULP., XXVI, 1; fr. 2, § 1, *Dig. de suis et legit.*, XXXVIII, 16). Di quì derivò che le donne che fino allora erano state ammesse alla successione coi maschi *agnati*, non furono più abilitate a succedere che nelle due prime classi.

dei *sui*, e dei *consanguinei*, (PAOLO, IV, 8, 22; GAJO, III, 14, 23; ULP., XXVI, 6, *Instit.*, § 3, *de legit. agnat. success.*, III, 2, *cost.* 14, *Cod. de legit. hered.*, VI, 58). Conferì a questo mutamento nella successione la *lex Voconia*, che, come dicemmo (vedi sopra, § 657), aveva limitato la capacità delle donne ad essere istituite eredi testamentarie: lo spirito della quale legge (*Voconiana ratio*) venne applicato ancora alla loro successione *ab intestato* (PAOLO, IV, 8, 22). Non vi fu una legge che espressamente sanzionasse tale cambiamento nella condizione giuridica delle donne, esso fu opera giurisprudenziale; ad una giurisprudenza, che, come diremo, fu transitoria (*media autem jurisprudentia*), vuolsi dunque attribuire la massima, che all'infuori delle sorelle consanguinee, le altre donne non succedessero ai loro agnati, sebbene questi succedessero a loro (GAJO, III, 14, *Instit.*, § 3, *de legit. agnat. succes.*, III, 2).

§ 714. Lungi dall'introdurre nella categoria degli *agnati*, nuove persone, la giurisprudenza transitoria della quale abbiamo parlato nell'antecedente paragrafo, evidentemente ne diminuì il numero. Ed il Pretore per spirito di ostilità verso un ordine di persone, unite fra loro per un vincolo affatto civile, quale era l'agnazione, non volle ritornare quell'ordine all'antico stato, restituendovi le donne, che ne erano state escluse. Intento invece ad accrescere importanza all'ordine dei *cognati*, (da lui sostituito agli antichi gentili), chiamò quelle donne escluse dalla *media jurisprudentia*, alla *bonorum possessio unde cognati* (*Instit.*, § 3, *de legit. agnat. success.*, III, 2, GAJO, III, 29).

§ 715. L'imperatore Anastasio, (nel 498), con una sua Costituzione, che non è giunta fino a noi, ma che troviamo menzionata in più luoghi delle nostre Fonti (*Instit.*, § 1, *de successione cognatorum*, III, 5, *cost.* 4, *Cod. de legitima tutela*, V, 30, *cost.* 15, § 1, *Cod. de legitimis heredibus*, VI, 58), chiamò alla successione legittima, come se fossero *agnati*, i fratelli e le sorelle emancipati (perciò usciti dalla agnazione) in concorso coi fratelli e sorelle *agnati*, ma con una certa diminuzione, che secondo Teofilo (nella sua parafrasi delle Istituzioni) era tale, che il fratello agnato doveva avere il doppio dell'emancipato. Ma questa disposizione non fu da Anastasio estesa ai figli e discendenti degli emancipati, nè ai fratelli e sorelle dati in adozione, e neppure ai discendenti da femmine.

§ 716. Giustiniano abolì quella *media jurisprudentia* sfavorevole alle donne, e ritornando al disposto della legge decemvirale, le chiamò a succedere nel loro grado di agnazione alla pari dei maschi, senza distinzione alcuna (*Instit.,* § 3, *in f. de legit. agnat. success.,* III, 2, *cost.* 14, *Cod. de legit. hered.,* VI, 58). Relativamente agli emancipati, prima si limitò a confermare la Costituzione di Anastasio, favorevole ai fratelli e sorelle emancipati (*Instit.,* § 1, *de success. cognat.,* III, 5), poi li chiamò a succedere senza quella diminuzione che Anastasio aveva stabilito; e accordò lo stesso favore, dopo di essi, al primo grado dei loro discendenti, vale a dire ai figli e alle figlie loro, ma non ai nipoti ed alle nipoti (*cost.* 15, § 1 e 3, *Cod. de legit. hered.* VI, 58). Relativamente agli *adottati* stabilì, lo ripetiamo una volta ancora, che l'adozione fatta da un estraneo non facesse perdere altrimenti i diritti di famiglia. Di più quell'imperatore, innanzi tratto (anno 528) chiamò a succedere ai fratelli, come se fossero agnati, i fratelli e le sorelle anche *uterini* in concorso coi fratelli e sorelle *consanguinei* (*cost.* 1, *Cod. de legit. hered.,* VI, 58), ed in progresso di tempo (anno 532), parificò i loro figli di primo grado, ai nipoti agnati (*Instit.,* § 4, *de legit. agnat. succes.,* III, 2, *cost.* 15, § 2 e 3, *Cod. de legit. hered.,* VI, 58).

§ 717. Fra gli agnati il più prossimo escludeva il più remoto; e gli agnati di ugual grado ottenevano porzioni uguali (*portiones viriles*); succedevano dunque *in capita* (Ulp., XXVI, 4, 5; Gajo, III, 9, 11, *Instit., tit. de legit. agnat. succes.,* III, 2). Se l'agnato di più prossimo grado al defunto, rifiutava l'eredità o moriva prima di adirla, questa non passava ad un altro agnato di grado più remoto, cioè non passava ad una persona della stessa categoria, ma di grado posteriore (*Instit.,* § 7, *de legit. agnat. succes.,* III, 2), passava invece alla categoria seguente, onde Paolo ebbe a dire: *in hereditate legitima, successioni locus non est* (Paolo, *Sent.,* 8, IV, 23). Giustiniano abolì siffatta regola, e volle la devoluzione da grado a grado, prescrivendo che non si passasse dalla categoria degli agnati alla successiva, finchè non era constatato, che un agnato di un grado qualunque, non si sarebbe presentato ad acquistare l'eredità (*Instit.,* § 7, *de legit. agnat. succes.,* III, 2).

§ 718. Per la legge delle XII Tavole gli ascendenti di qualunque sesso non potevano mai succedere ai loro discendenti,

parimente di sesso qualunque. Infatti *gli ascendenti paterni*, o avevano figli e discendenti in loro potestà, o non li avevano. Se li avevano in potestà, questi essendo figli di famiglia, e come tali non potendo acquistare nulla per sè, non potevano avere un patrimonio da lasciare; se non li avevano in potestà, allora nessun legame di agnazione esisteva fra loro, cosicchè non eravi luogo a successione. Gli ascendenti materni poi, e del pari le ascendenti materne, non essendo agnati dei loro discendenti, non potevano succedere loro.

a) Ma in seguito, introdotti i peculi, i figli poterono avere una eredità, furono autorizzati a testare del loro *peculio castrense* e *quasi castrense;* e se morivano senza far testamento circa a questi peculi, il padre li acquistava non per diritto di eredità, bensì per diritto di peculio: *non quasi hereditas, sed quasi peculium* (fr. 1 e 2, *Dig. de castrensi peculio,* XLIX, 17); li acquistava come sostanze *peculiari,* le quali per diritto Antico anche vivente il figlio, appartenevano al padre, ed alla morte del figlio, al padre ritornavano *per una specie di diritto di postliminio* (fr. 19, § 3, *Dig. de castr. pecul.,* XLIX, 17).

b) Posteriormente alcune Costituzioni imperiali, introdussero una maniera di successione eccettuativa sui beni, che fossero pervenuti per donazione legato, o altro modo qualunque, al figlio di famiglia, sia dalla madre, sia in generale dai suoi ascendenti materni (*cost.* 3 e 4, *Cod. de bonis quæ liberis*, VI, 61, *cost.* 11, *Cod. communia de success.,* VI, 59). L'ordine di questa successione eccettuativa, era il seguente: 1° i discendenti di qualunque sesso, 2° i fratelli e le sorelle dello stesso, o di altro letto, 3° il padre, o altro ascendente secondo il grado.

c) Giustiniano estese quest'ordine di successione, da primo eccettuativo, ai peculi *castrense* e *quasi castrense*, lasciati *ab intestato* (*Instit. pr., quib. non est. permis. test. fac.,* II, 12). Succedevano dunque, in questi peculi: 1° i figli e discendenti del defunto, 2° i fratelli e le sorelle di qualunque letto. In mancanza di queste persone, il padre di famiglia li acquistava *jure communi,* cioè per diritto di peculio, non di eredità.

§ 719. Alla morte di un figlio emancipato, in antico il padre emancipante non gli succedeva, se non nel caso che avesse fatto la emancipazione in guisa da riserbarsi i diritti di patronato: *mancipatio cum fiducia* (vedi vol. 1, lib. I, § 145, lett. a), peroc-

chè in tal caso come patrono, succedeva al figlio morto senza discendenti. Giustiniano approvò, che l'emancipazione avesse da considerarsi sempre come se fosse stata fatta *cum fiducia*, o *contracta fiducia*, ma che l'ascendente emancipante, comunque patrono, dovesse succedere soltanto dopo i figli del defunto, ed i suoi fratelli e sorelle (*cost.* 2, *Cod. ad SC. Tertullianum*, VI, 56).

§ 720. Secondo il rigoroso sistema della legge Decemvirale, la madre non poteva succedere ai suoi figli, e reciprocamente questi non potevano succedere ad essa, fuori che nel caso in cui si fosse maritata con la *conventio in manum*, e perciò fosse venuta *loco filiæ*. Ed in vero la donna, se si era maritata senza la *conventio in manum*, era estranea alla famiglia civile del marito, ed i figli di lei non avevano per conseguenza nessun rapporto di agnazione seco, non erano suoi agnati; ed essa non avendo patria potestà, non potevano succederle come *heredes sui;* se poi maritandosi era venuta nella *manus* del marito, era *loco filiæ*, e perciò quasi come sorella dei propri figli, succedeva a loro, ed essi a lei (GAJO, III, 24). Il Pretore per mitigare tanta durezza, col suo Editto chiamò queste persone a succedersi come cognati, mediante la *bonorum possessio*, *unde cognati* (*Instit. pr.*, *de SC. Tertulliano*, III, 3; GAJO, III, 24, 25 e 30; ULP., XXVI, 8). Ma un senatusconsulto Tertulliano, dell'anno 911 di Roma e 158 dell'Era cristiana, emanato sotto il regno di Antonino Pio (figlio adottivo di Adriano, e perciò chiamato Adriano, nelle Istituzioni a questo titolo 3 del lib. III), stabilì per regola generale il diritto della madre, ma non dell'ava, di succedere nella luttuosa eredità dei figli o legittimi, o no, morti *ab intestato*, ma a condizione che avesse avuto l'*jus liberorum*, cioè *tre* figli se era *ingenua*, e *quattro* se *libertina* (*Instit.*, § 2, *de senatusconsulto Tertulliano*, III, 3; ULP., XXVI, 8; PAOLO, IV, 9, 1, 7). Nondimeno erano preferiti a lei i discendenti dei figli, il padre, quando egli era erede legittimo, ed il fratello consanguineo. Essa ereditava insieme con la sorella consanguinea, escludendo gli altri agnati (ULP., XXVI, 8). Decadeva dal diritto di succedere, accordatole dal senatusconsulto Tertulliano, se non provvedeva alla nomina e alla surroga del tutore pel figlio impubere, qualora questi fosse morto nella impubertà (*Instit.*, § 6, *de SC. Tertull.*, III, 3). Costantino volle che la madre succedesse in *un terzo* dei beni, anche se non aveva l'*jus liberorum* (*cost.* 1, *Cod. Theod. de legit. hered.*, V, 1). Valen-

tiniano e Valente le attribuirono, se aveva l'*jus liberorum, due terzi*, concorrendo per l'altro *terzo* lo zio paterno, ed i suoi discendenti (*cost.* 7, *Cod. Theod. de legit. hered.*, V, 1, *Instit.*, § 5, *de SC. Tertull.*, III, 3). Finalmente Giustiniano ordinò, che senza porre mente all'*jus liberorum*, la madre succedesse dopo i discendenti del defunto suo figlio o della defunta sua figlia, e che concorrendo coi fratelli o con le sorelle del defunto, avesse una parte virile, e concorrendo soltanto con le sorelle del defunto, avesse la metà dell'eredità, di cui l'altra metà fosse divisa fra le sorelle (*Instit.*, § 4 e 5, *de SC. Tertull.*, III, 3, *cost.* 7, *Cod. eod.*, VI, 56).

§ 721. Reciprocamente i figli e le figlie, fossero pure nati da giuste nozze, o fossero naturali, o di padre incerto, furono ammessi a succedere alla madre loro, in forza del senatusconsulto Orfiziano (dell'anno 931 di Roma, 178 dell'èra cristiana), emanato sotto il regno di Marco Aurelio e Comodo (*Instit. de senatusconsulto Orphitiano*, III, 4). Il senatusconsulto Orfiziano chiamava a succedere *ab intestato* solamente i figli e le figlie, non già i nipoti e le nipoti; ma delle Costituzioni posteriori chiamarono alla successione anche i nipoti e le nipoti (*cost.* 9, *Cod. de suis et legit. hered.*, VI, 55). Costoro, (vale a dire i figli e le figlie, i nipoti e le nipoti), fossero o no sottoposti all'altrui potestà, erano preferiti a tutti nella successione *ab intestato* della madre o dell'ava loro, occupando il posto degli *heredes sui*, i quali come donna essa non poteva avere (*Instit.*, § 1, *de SC. Orphit.*, III, 4). I diritti di successione accordati dai senatusconsulti Tertulliano e Orfiziano, a differenza di quelli derivanti dalla legge decemvirale, non si perdevano per la *minima capitis diminutio*: perchè si fondavano su relazioni di sangue, e non su relazioni civili (Ulp., XXVII, 5, *Instit.*, § 2, *de SC. Orphit.*, III, 4; fr. 1, § 8, *Dig. ad SC. Tertull.*, XXXVIII, 17; fr. 11, *Dig. de suis et legitimis*, XXXVIII, 16).

§ 722. In mancanza di *heredes sui* e di *agnati*, la legge decemvirale chiamava a succedere *ab intestato*.

III) I *Gentili*.

Sparita la gentilità, il Pretore dopo gli *heredes sui* e dopo gli *agnati*, e dopo coloro che erano stati parificati agli *heredes sui* ed agli *agnati*, col suo Editto chiamò i *cognati*, accordando loro

la *bonorum possessio unde cognati* (*Instit. pr., de successione cognatorum*, III, 5; fr. 1, *Dig. quis ordo*, XXXVIII, 15; fr, 2, § 4, *Dig. unde legit.*, XXXVIII, 7; fr. 1, § 1, *Dig. si tab. testam. nul. extab.*, XXXVIII, 6). In questa categoria dei *cognati* erano chiamati tutti i congiunti per sangue, di ambedue i sessi, fino al *sesto* grado, e del *settimo* grado anche gli *ex sobrino, sobrinaque nati, natæve* (*Instit.*, § 5, *de succ. cognat.*, III, 5; fr. 1, § 3, *Dig. unde cognati*, XXXVIII, 8), senza esaminare se alcuno fra costoro, appartenente ai parenti delle prime categorie, non si fosse presentato in quelle, o se per l'adozione e pell'arrogazione fosse entrato in un'altra famiglia (Gajo, III, 27, 31; Ulp., XXVIII, 9, *Instit.*, § 13, *de hered. quæ ab int.*, III, 1 *pr.*, e § 3 *de success. cognat.*, III, 5; fr. 1 *pr.*, § 4; fr. 2, *Dig. unde cogn.*, XXXVIII, 8; fr. 5, *Dig. unde legitimi*, XXXVIII, 7). Se non che, i più prossimi cognati escludevano 'l più remoti, e quelli del medesimo grado succedevano *in capita* (fr. 1, § 1, 5, 10, *Dig. unde cognati*, XXXVIII, 8). Nella attuale categoria aveva luogo la *successio graduum*, cosicchè la domanda di un parente più lontano era ammessa, allorchè i più prossimi trascuravano di chiedere la successione (*Instit.*, § 7, *de legit. agn. succes.*, III, 2; Ulp., XXVIII, 11).

§ 723. I coniugi nel *matrimonio libero* non avevano alcun diritto di reciproca successione ereditaria *ab intestato;* ma il Pretore, se niun parente aveva chiesto o ottenuto la *bonorum possessio*, la deferiva al coniuge superstite, purchè coniuge legittimo, e non divorziato (fr. *un.*, *Dig. unde vir et ux.*, XXXVIII, 11, *cost. un.*, *Cod. eod.*, VI, 18). Giustiniano con una disposizione speciale a favore del coniuge povero, lo autorizzò in concorrenza con qualunque altro erede, a prendere un *quarto* dell' eredità dell' altro coniuge premorto (*Nov.* 53, cap. 6), ma questa disposizione fu cambiata posteriormente, e limitata alla vedova, indotata e povera, come diremo in seguito (*Nov.* 117, cap. 5).

§ 724. Tale era lo stato della successione *ab intestato* nell' eredità di un ingenuo prima delle Novelle 118 e 127; ci rimane a dire della successione medesima nell' eredità di un *liberto*. Abbiamo poco sopra dichiarato, come la legge Decemvirale chiamasse alla successione *ab intestato* dei liberti, dopo gli *heredes sui* del liberto, il patrono e la patrona ed i discendenti del patrono, poi la *familia patroni*. Aggiungiamo ora, che alla liberta succedeva sempre il patrono, perocchè essa non avesse *heredes sui* (Ul-

PIANO, XXIX, 2); ciò avvenne fino al senatusconsulto Orfiziano, che fu applicato anche ai liberti. Per testamento il liberto poteva privare della sua eredità, tanto il patrono, quanto i figli del patrono; indirettamente li privava dell' eredità medesima, adottando un estraneo, e facendosene così un *heres suus*. La liberta a cagione del sesso, essendo in perpetua tutela del patrono, non poteva far testamento senza il consenso di lui; non aveva dunque mezzo di privarlo dell' eredità (GAJO, III, 43). Ad impedire l'ingiustizia che il patrono fosse spogliato di qualunque diritto di successione nell' eredità del liberto, per volontà di quest' ultimo, manifestata o con un testamento o con l'adozione, il Pretore diede al patrono, che sarebbe succeduto *ab intestato* al liberto, la *bonorum possessio* della metà dell' eredità del liberto stesso. Tal *bonorum possessio* era *contra tabulas* se il liberto avesse fatto un testamento, col quale avesse disposto dei suoi averi a pregiudizio del patrono; era una *bonorum possessio ab intestato* se il liberto fosse morto senza far testamento (*Instit.*, § 1, *de successione libertorum*, III, 7; GAJO, III, 41; ULP., XXIX, 1). Questa parte dell' Editto non era applicabile alla patrona, la quale rimase sempre con i diritti concedutile dalla legge Decemvirale (GAJO, III, 49). In seguito la *lex Papia Poppea* chiamò il patrono a concorrere coi figli del liberto, dandogli una quota virile nel caso che il patrimonio del liberto fosse di 100,000 sesterzi, ed egli lasciasse meno di tre figli (GAJO, III, 42, ULP., XXIX, 3, *Instit.*, § 2, *de succes. lib.*, III, 7). La legge stessa, liberando le liberte, che avessero avuto quattro figli, dalla tutela del patrono, le venne ad abilitare a far testamento; ma affinchè non pregiudicassero col medesimo ai diritti del patrono, quella legge assicurò a quest' ultimo una parte virile nell' eredità della liberta (ULP., XXIX, 3; GAJO, III, 44, e 47). Inoltre accordò alla patrona, ed ai suoi figli, non che alle figlie e altre discendenti femmine del patrono, non favorite dall' Editto pretorio, dei diritti analoghi a quelli del patrono e dei suoi figli maschi, quando avessero avuto il numero di figli stabiliti da essa legge (GAJO, III, 49, 53; ULP., XXIX, 5, 7). Giustiniano, abolita ogni differenza fra patrono e patrona, fra i loro figli maschi e femmine, fra successione nell' eredità di un liberto o di una liberta, stabilì nel modo seguente l' ordine di successione *ab intestato* nella eredità dei liberti:

1º I discendenti di qualunque grado e sesso, senza alcun ri-

guardo alla patria potestà, ma purchè fossero discendenti naturali, cioè per sangue.

2° Il patrono e la patrona.

3° I discendenti del patrono e della patrona, secondo la prossimità del grado, senza tener conto della patria potestà.

4° I parenti collaterali del patrono fino al quinto grado, *Instit.*, § 3, *de succ, libert.*, III, 7, *cost.* 4, *Cod. de bonis libert.*, VI, 4). Sottopose poi il liberto che voleva far testamento, alle regole proprie degli ingenui, relativamente alla diseredazione, e preterizione dei loro discendenti. Nel caso che il liberto padrone di un patrimonio superiore ai 100 solidi, fosse morto senza discendenti, o avendone ma giustamente diseredati o preteriti, fu obbligato a lasciare nel suo testamento al patrono il *terzo* dei propri beni, libero da qualunque onere od aggravio, altrimenti il patrono poteva ottenere quel terzo, o il supplemento, mercè la *bonorum possessio contra tabulas* (*cost.* 4, *Cod. de bonis libert.*, VI, 4, *Instit.*, § 3, *de success. libert.*, III, 7). Mediante l'*adsignatio liberti* (vedi vol. I, lib. I, § 105), il patrono poteva far godere l'eredità del liberto, esclusivamente ad uno dei suoi figli o discendenti del figlio, o ad alcuni fra loro (fr. 1, *Dig. de adsign. lib.*, XXXVIII, 4); gli altri figli del patrono, esclusi per cotal guisa dall'eredità del liberto, potevano acquistarla quando il loro fratello, cui era stato assegnato il liberto, moriva senza posterità (*Instit. pr., de adsign. libert.*, III, 8) o subiva una *capitis diminutio* (*Instit.*, § 2, *eod.*). Secondo un senatusconsulto fatto sotto il regno di Claudio, essendo consoli Velleio Rufo e Osterio Scapula, l'assegnazione del liberto, potè esser fatta tanto nel testamento, quanto fuori del testamento, ed in termini qualunque (*Instit.*, § 3, *de ads. lib.*, III, 8; fr. 1, *Dig. eod.*, XXXVIII, 4).

§ 725. Enumerammo poco sopra, quali furono le *bonorum possessiones ab intestato* date dal Pretore sui beni lasciati dal liberto; aggiungiamo adesso che ai tempi di Giustiniano, furono ridotte a quelle stesse proprie degli ingenui, cioè *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor* (*Instit.*, § 4 e 5, *de bon. poss.*, III, 9): *unde liberi* per i discendenti del liberto, *unde legitimi* pel patrono e suoi figli, *unde cognati* per gli ascendenti e cognati del patrono fino al quinto grado, *unde vir et uxor*, cioè pel coniuge superstite.

§ 726. Dalle cose fin qui discorse apparisce evidente, quanto complicato fosse il sistema delle successioni *ab intestato*, ai tempi

di Giustiniano. Quest' Imperatore, dopo aver tentato di sempliciz-zarle con delle modificazioni parziali, riconobbe alla per fine che il miglior partito cui appigliarsi, era di distruggere tutto l'antico edifizio, e di inalzarne uno nuovo. E con questo intendimento promulgò la Novella 118, che ebbe in seguito il suo compimento nella Novella 127. Per queste Novelle fu stabilito un nuovo sistema di successione ereditaria legittima, completo in tutte le sue parti, e che non più si innesta e si commette con la *bonorum possessio ab intestato,* abolita dalla Novella 118 pei parenti, e rimasta in vigore soltanto per i coniugi (*unde vir et uxor*).

CAPITOLO III.

Diritto novissimo.

(*Novelle* 118 e 127.)

§ 727. I caratteri più sporgenti del sistema di successione legittima o *ab intestato,* che Giustiniano stabilì con le sue Novelle 118 e 127, si possono ridurre ai seguenti:

I. Il diritto di succedere riposa sulla parentela naturale o di sangue col defunto, in altri termini sulla *cognazione.* L'*agnazione* ha perduto la sua importanza. Nè valgono a distruggere questa regola, poche eccezioni, nelle quali il diritto di succedere riposa su qualche motivo particolare, come p. e. sul vincolo civile dell'adozione, sulla qualità di coniuge, sulla qualità di membro di una corporazione, alla quale appartenesse il defunto. In mancanza di eredi legittimi, succede ultimo il fisco.

II. La parentela, sulla quale si fonda il diritto di succedere deve essere *legittima,* almeno per regola generale.

a) I *figli incestuosi,* non succedono nè al loro padre, nè ai loro ascendenti paterni, nè alla madre, nè agli ascendenti materni, le quali persone tutte viceversa, non possono succedere a costoro (*cost.* 6, *Cod. de incest. et inutil. nuptiis,* V, 5, *Nov.* 74, cap. 6, *Nov.* 89, cap. 15).

b) I figli *adulterini,* gli *spuri,* i *vulgo quæsiti,* succedono alla madre ed ai parenti di questa, i quali viceversa succedono a loro

(*Instit.*, § 4, *de succes. cognat.*, III, 5, § 3, *de SC. Orphit.*, III, 4, *cost.* 5, *Cod. ad SC. Orphit.*, VI, 57), ma non al padre, che a loro viceversa non succede.

c) I figli *naturali* sono ammessi a succedere alla madre ed ai parenti di lei, e questi succedono a loro, ma in generale non succedono al loro padre ed ai parenti di questo, se non quando non lascia moglie e figli legittimi. La legge in questo caso accorda loro la *sesta* parte della successione, che dividono con la loro madre (*Nov.* 18, cap. 5, *Nov.* 89, cap. 12, § 4, 6).

d) I figli legittimati sono parificati ai legittimi (*cost.* 10, *Cod. de natural.*, lib. V, 27, *Nov.* 89, cap. 8 e 9, § 1, *Nov.* 74, cap. 2).

III. L'*adozione*, vincolo meramente civile, è una eccezione al principio fondamentale della successione legittima, ma di minore importanza di quello che a prima giunta può sembrare: e ciò per le distinzioni introdotte da Giustiniano nella medesima.

a) Gli *arrogati* ed i figli dati in *adozione piena* (cioè ad un loro ascendente naturale), succedono al loro padre adottivo ed agli agnati di lui, e viceversa questi succedono a loro (*Instit.*, § 2, *de adopt.*, I, 11, § 2 e 14, *de hered quæ ab int. def.*, III, 1; *cost.* 10 *pr.*, § 5, *Cod. de adopt.*, VIII, 48); ma non succedono alla moglie del loro padre adottivo, nè ai parenti di lei (fr. 23, *Dig. de adopt.*, I, 7).

b) Gli adottati da un estraneo, (adozione *meno piena*) succedono al loro padre adottivo, ma non ai suoi agnati. Il padre adottivo non succede a loro (*cost.* 10, § 1, *Cod. de adopt.*, VIII, 48). Gli arrogati e gli adottati da un estraneo, succedono anche al loro padre naturale, ed egli a loro. Si questiona però, se come figli o come parenti essi succedano.

c) I figli adottati da una donna succedono alla medesima, ma non ai suoi parenti (*cost.* 5, *Cod. de adopt.*, VIII, 48). Affinchè l'adozione apra l'adito alla successione, è necessario che esista, nel momento della morte della persona cui si tratta di succedere (*Instit.*, § 11, *de hered. quæ ab int. def.*, III, 1).

IV. Per succedere *ab intestato* è necessario essere *capaci* dal momento in cui l'eredità è *deferita*, fino al momento in cui è adita (fr. 1, § 4, *Dig. ad SC. Tertull.*, XXXVIII, 17, *Instit.*, § 4, *de hered. qualit.*, II, 19; fr. 49, § 1; fr. 59, § 4, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5; fr. 54, *Dig de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2). Il nascituro si ritiene per già nato, giusta il principio:

nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur. Incapaci di succedere *ab intestato* sono:

a) I colpevoli del delitto di perduellione ed i loro figli (*cost*. 5, § 1, 3, *Cod. ad leg. Jul. majest.*, IX, 8).

b) Gli apostati e gli eretici (*cost*. 3, *Cod. de apost.*, I, 7; *cost*. 4, *Cod. de heret.*, I, 5).

c) I condannati a morte (fr. 13, *Dig. de bon. poss.*, XXXV, 1).

d) Le corporazioni proibite, e i collegi illeciti (*cost*. 8, *Cod. de hered. instit.*, VI, 24).

e) Quelli che contrassero un matrimonio incestuoso (*cost*. 6, *Cod. de incest. nupt.*, V, 5, *Nov*. 12, cap. 1).

§ 728. I capaci a succedere, sono chiamati in 4 classi (*ordines*):

1ª *Classe*. — I discendenti.

2ª *Classe*. — I più prossimi ascendenti, non che i fratelli e sorelle bilaterali, ossia germani; e se questi morirono prima della persona alla cui eredità si tratta di succedere, i loro figli e figlie.

3ª *Classe*. — I fratelli e sorelle unilaterali, ossia uterini e consanguinei; e se questi premorirono, i loro figli e figlie.

4ª *Classe*. — Gli altri più prossimi parenti.

§ 729. La successione si fa in guisa, che la classe precedente escluda sempre la susseguente: e perciò è necessario che in una classe manchino tutti i chiamati, affinchè il diritto di succedere passi alla classe che segue immediatamente. Se nella stessa classe concorrono insieme più persone, il più prossimo di grado esclude il più lontano nell' ultima e nella seconda classe; nelle altre classi anche i più lontani concorrono coi più vicini, e consuccedono, ma tuttavia in modo che i figli vengono esclusi da' loro genitori (*successio graduum*). Nella successione all' eredità di un ascendente, i suoi nipoti, pronipoti e gli altri discendenti, vengono a succedere in conseguenza di un *diritto di rappresentazione illimitato*, pel quale, i discendenti lontani di un defunto prendono il posto del loro genitore, e ricevono nelle successioni quel tanto, che esso avrebbe avuto se fosse sopravvissuto alla persona, la eredità della quale si tratta di dividere (*Nov*. 118, cap. 1). Questo diritto *di rappresentazione*, in gius Antico aveva luogo soltanto a favore dei discendenti del defunto, e per questi discendenti era illimitato, cioè non era ristretto a qualche grado speciale. Tale rimase lungamente. Ma Giustiniano lo accordò anche ai figli

e figlie dei fratelli e sorelle del defunto, sia germani sia unilaterali; peraltro non lo concesse ai nipoti dei fratelli e sorelle del defunto, sia germani (*bilaterali*), sia consanguinei ed uterini (*unilaterali*). Costoro dunque non vengono alla successione nè nella 2ª Classe, nè nella 3ª ma solamente nella 4ª (*Nov.* 118, cap. 3, *Nov.* 127, cap. 1).

§ 730. La divisione di una successione, può farsi in tre modi principali: *In capita, in stirpes, in lineas.*

a) *In capita*, quando si fanno tante parti uguali, quante sono le persone che hanno diritto di succedere; (*Nov.* 118, cap. 3, 1): ognuna di queste porzioni uguali, dicesi quota virile (*portio virilis*).

b) *In stirpes*, quando si fanno tante porzioni quanti sono i rami o le stirpi, in cui si distinguono le persone che hanno diritto di succedere, cosicchè tutti coloro che discendono da un solo stipite comune, acquistano soltanto quella porzione, che sarebbe spettata al loro comune autore, se non fosse premorto alla persona della quale si divide la eredità, porzione che fra loro poi si suddividono (*Nov.* 118, cap. 1 e 3 *pr.*).

c) *In lineas*, quando vengono fatte due porzioni, cosicchè una spetta agli ascendenti della linea paterna, l'altra agli ascendenti della linea materna (*Nov.* 118, cap. 2).

§ 731. Vediamo ora, come la successione si regoli in ciascuna delle quattro classi sopra enumerate.

1ª *Classe.*

Circa a questa classe il modo di successione è molto semplice, imperocchè sono chiamati a succedere quei discendenti che esistono nel momento dell'apertura della successione, e che sono i più *prossimi al defunto ciascheduno nella propria stirpe*, senza riguardo al sesso, alla primogenitura e all'esser nati dal medesimo o da diverso matrimonio, all'essere stati o no emancipati dalla patria potestà di colui al quale succedono (*Nov.* 118, cap. 1 e 4). Se i discendenti che succedono sono tutti di primo grado, cioè se sono tutti figli del defunto, si dividono la eredità *in capita*. Negli altri casi se la dividono *in stirpes* (*Instit.*, § 6 e 16, *de hered. quæ ab int. def.*, III, 1, *Nov.* 118, cap. 1).

2ª *Classe.*

La seconda classe chiamata a succedere, consta di tre categorie di persone:

a) Gli ascendenti del defunto.

b) I suoi fratelli e sorelle germani, ossia i collaterali bilaterali.

c) I figli e figlie dei collaterali bilaterali premorti;

I nipotì di questi collaterali bilaterali non sono chiamati in questa seconda classe, come già fu poco sopra avvertito. A costoro Giustiniano non concesse il diritto di rappresentazione (*Nov.* 118, cap. 3).

Queste tre categorie di persone vengono contemporaneamente alla successione, ma purchè non esista alcuno ascritto alla prima classe, cioè alcun discendente.

Ora rispetto a queste tre categorie di persone, costituenti la seconda classe, possono darsi più casi diversi:

A) Che esistano *soli ascendenti.*

a) Se essi *appartengono alla stessa linea,* p. e., se sono tutti ascendenti paterni, il più prossimo della linea esclude il più remoto: e se sono di ugual grado si dividono la eredità in *capita:*

b) Se sono di *linee diverse,* anche fra questi il più prossimo esclude il più remoto, ma se *sono di ugual grado,* l'eredità si divide *in lineas*, vale a dire metà anderà agli ascendenti paterni, metà ai materni (vedi *Novella* 118, cap. 2), qualunque sia il loro numero.

B) Che esistano soli fratelli e sorelle germani del defunto, ossia soli collaterali bilaterali. Fra questi la divisione si fa *in capita* (*Nov.* 118, cap. 3).

C) Che esistano soli figli e figlie di questi collaterali bilaterali premorti alla persona della cui eredità si tratta.

Allora la divisione secondo alcuni si fa *in capi*, secondo altri *in stirpes.* Sebbene fosse più giusta la divisione *in stirpes*, quella in capi è più comunemente ritenuta.

Questi fin quì esaminati sono tre casi semplici, giacchè abbiamo supposta la esistenza di una sola delle tre categorie di persone chiamate nella seconda classe. Veniamo ora alla combinazione di *due a due* di queste categorie, e poi di *tutte e tre* insieme.

A) Possono concorrere *ascendenti* e *figli e figlie dei fratelli e sorelle germani del defunto.* Gli ascendenti escludono questi figli e figlie dei collaterali bilaterali. Tale è almeno la opinione più comune.

B) Possono concorrere *ascendenti* e *fratelli e sorelle germani del defunto*, ossia collaterali bilaterali. La divisione si *fa in capita.*

C) Possono concorrere *collaterali bilaterali*, e *figli di altri collaterali bilaterali* premorti. La divisione si fa *in stirpes*. Questi sono tre casi, nei quali le categorie di persone chiamate nella seconda classe, possono combinarsi due a due.

L'ultimo caso ed il più complesso, è quello nel quale tutte e tre le categorie di persone costituenti la seconda classe concorrono insieme: vale a dire può darsi che coesistano:

1° ascendenti, 2° collaterali bilaterali, 3° figli e figlie di alcuni collaterali bilaterali premorti. Prima della Novella 127, e così per la Novella 118, i figli e figlie dei collaterali bilaterali premorti sarebbero stati in questo caso esclusi. Ma per la Nov. 127 essi sono ammessi a rappresentare i loro genitori. Talchè la divisione si fa in questa guisa. Si fanno tante parti della eredità quanti sono gli ascendenti, i collaterali bilaterali viventi, e quanti erano i collaterali bilaterali premorti, i quali lasciarono figli. E la porzione che sarebbe spettata a ciascuno di questi collaterali bilaterali premorti, si attribuisce ai figli di essi, i quali se la dividono fra loro in capi. Mancando qualunque persona delle tre categorie componenti la seconda classe, si passa alla successiva classe, vale a dire alla

3ª *Classe.*

la quale è composta di due categorie di persone:

1° fratelli e sorelle consanguinei o uterini del defunto ossia collaterali unilaterali,

2° figli e figlie di collaterali unilaterali, premorti alla persona la cui eredità si tratta di dividere.

Anche quì bisogna distinguere più casi:

A) Possono esistere soli collaterali unilaterali: ed allora si dividono la eredità *in capita.*

B) possono esistere soli figli e figlie di collaterali bilaterali;

e si dividono la eredità *in capita:* almeno secondo la più comune opinione.

C) Possono concorrere queste due categorie di persone, vale a dire ed i collaterali bilaterali ed i figli e figlie di collaterali bilaterali predefunti: e la eredità si divide *in stirpes*. Mancando tutte le persone comprese nelle due categorie di questa 3ª classe, la eredità passa alla

4ª Classe.

Questa comprende tutti gli *altri collaterali.*

Fra questi il più prossimo esclude il più remoto.

Gli ugualmente prossimi si dividono la eredità in *capita* (*Nov.* 118, cap. 3 *in fine*).

Successione di altre persone.

§ 732. Oltre i parenti, vi sono altre persone alle quali la legge per motivi speciali dà un diritto di successione. Queste persone sono le seguenti:

1° Il coniuge superstite succede all'altro coniuge, quando non si presenti alcuno nelle quattro classi di persone ora ricordate. Ed anche in gius Nuovo, succede invocando l'Editto del Pretore *unde vir et uxor.* È questo il solo caso della *bonorum possessio ab intestato* rimasto dopo le Novelle (*Instit.*, § 6, *de bon. poss.*, III, 9, *Dig. unde vir et uxor,* XXXVIII, 11, *Cod. eod.,* VI, 18). Allorquando un marito lascia morendo la moglie povera *ed indotata*, essa ha diritto di venire a partecipare all'eredità del marito. Anzi anche nel caso che il marito abbia fatto testamento, può essa pretendere la sua porzione dalla legge fissata, la quale consiste nella proprietà di una *porzione virile,* se concorre con 4 *o più discendenti.* Se concorre con un numero di discendenti minore, o con altri parenti, sieno essi pochi o molti, acquista sempre la quarta parte (*quarta uxoria*) di tutta l'eredità in proprietà, (*Nov.* 117, cap. 5) tranne se esistessero figli dello stesso suo matrimonio, nel qual caso essa acquista il solo usufrutto di quella quarta finchè vive. (*Nov.* 117, cap. 5). Questi diritti non spettano alla fidanzata, nè alla moglie divorziata.

2° Chi ha raccolto e custodito un demente abbandonato da coloro che avrebbero dovuto succedergli, i quali sono stati inutilmente intimati a prenderne cura, è per diritto Romano chiamato a succedergli, escludendo quei congiunti disamorati, se il demente muore nello stato di alienazione mentale (*Nov.* 115, cap. 3, § 12).

3° Se alcuno non può, o non vuole acquistare l'eredità secondo le regole fin quì spiegate, in tal caso l'eredità rimasta vacante (*bona vacantia*), si devolve al Fisco (*cost.* 1 e 4, *Cod. de bonis vacant.*, X, 10). Tuttavia vi sono alcune persone, che sono preferite al Fisco, cioè:

1° Le chiese ed i conventi, per diritto Romano, ereditano dai loro chierici e monaci (*cost.* 20, *Cod. de episc. et cler.*, I, 2, *Nov.* 5, cap. 5, *Nov.* 131, cap. 13).

2° La legione dai soldati (fr. 6, § 7, *Dig. de injusto rupto, irrito test.*, XXVIII, 3, *cost.* 2, *Cod. de hered. dec.*, VI, 62).

3° Inoltre altre comunità, come quella dei decurioni, dei barcaioli, degli armaioli ec. ereditano dai loro membri (*cost.* 1, 3, 5, *Cod. de hered. dec.*, VI, 62).

§ 733. In ultimo luogo viene il Fisco (*cost.* 1, 4, 5, *Cod. de bon. vacant.*, X, 10; fr. *ult. Dig. de success. edicto*, XXXVIII, 9). Il Fisco nel raccogliere l'eredità vacante, ha l'obbligo di pagare i debiti, di prestare i legati e le altre gravezze, dentro le forze dell'eredità, vale a dire fino a concorrenza dell'attivo (fr. 11, *Dig. de jure fisci*, XLIX, 14; fr. 96, § 1; fr. 11 4, § 2, *Dig. de legatis*, XXX, *Nov.* 1, cap. 1, § 3). Questo diritto del Fisco si estingue dopo 4 anni, che si contano dal momento in cui l'eredità cominciò ad essere giacente. Scorso questo tempo, non è più lecito promuovere azione contro il possessore dell'intiera eredità, sotto qualunque titolo, ed in qualunque modo l'abbia acquistata (*cost.* 1, *Cod. de quadrienn. præscript.*, VII, 37, *Instit.*, § 9, *de usucap.*, II, 6; fr. 10, § 1, *Dig. de div. temp. præscript.*, XLIV, 3; fr. 1, § 2, *Dig. de jure fisci*, XLIX, 14).

PARTE IV.

Dell' acquisto dell' eredità.[1]

CAPITOLO I.

MODI DI ACQUISTARE L' EREDITÀ.

(*Instit.,* lib. II, tit. 19, *de heredum qualitate et differentia, Dig.,* lib., XXIX, tit. 2, *de acquirenda vel omittenda hereditate, Cod.,* lib. VI, tit. 30, *de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate.*)

§ 734. La delazione dell' eredità apre l' adito per la persona a favore della quale avviene, ad acquistare l' eredità delata. Il

[1] La successione si apre al momento della morte, nel luogo dell' ultimo domicilio del defunto (art. 923).

Il *possesso dei beni* del defunto passa di *diritto* nella persona dell' erede, senza bisogno di *materiale apprensione* (art. 925). Queste parole riproducono nel nostro idioma l' adagio francese: *le mort saisit le vif,* ossia il morto impossessa il vivo; vale a dire il possesso dei beni ereditari passa, senza interruzione, e senza bisogno di nessun atto positivo di prendimento, dal defunto nell' erede: la persona dunque, cui l' eredità è deferita acquista subito il diritto di esercitare le azioni possessorie, e continua la prescrizione acquisitiva cominciata dal defunto.

Di più egli acquista subito il *diritto di accettare l'eredità* espressamente o tacitamente, tanto è vero che se quegli a cui favore si è aperta una successione, muore senza averla accettata espressamente o tacitamente, *trasmette ai suoi eredi il diritto di accettarla* (art. 939). Si osservi che trasmette ai suoi eredi non l' *eredità* (chè non ha anche acquistata) ma il *diritto di acquistarla.*

Il Codice nostro non fa distinzione di sorta fra eredi *necessari* ed eredi *volontari,* perchè niuno è tenuto ad accettare l' eredità in qualunque modo siagli deferita, e nessuno è erede a sua insaputa e contro la propria voglia.

Il Codice distingue soltanto eredi che hanno *diritto a legittima,* ed eredi che non hanno questo diritto (art. 808).

Ma anche fra gli eredi ve ne sono alcuni nei quali non passa sempre di diritto il possesso della loro quota di eredità. Tali sono i figli naturali, allorchè concorrono coi figli legittimi. I figli naturali (dice l' art. 927) che hanno diritto ad una parte dell' eredità in concorso coi figli legittimi, debbono a questi chiederne il possesso (art. 927).

Se altri che l' erede, pretendendo aver diritto sopra i beni dell' eredità, ne prende possesso, gli eredi si hanno per *spogliati di fatto,* e possono esercitare tutte le azioni che competono ai *possessori legittimi* (art. 926).

Nessuno pel Codice nostro essendo obbligato a rivestire la qualità di erede, ed a sottostare alle obbligazioni che sono conseguenza di quella qualità, dessa non si riveste se non consti di un' accettazione *espressa* o *tacita;* così avveniva a Roma per gli eredi *estranei* o *volontari.*

A L' accettazione *espressa* è quella che si fa quando si assume il titolo o la qualità di erede in un *atto pubblico* o in una scrittura privata (art. 934).

L' accettazione *espressa* può essere fatta *puramente* e *semplicemente* o col *benefizio dell' inventario* (art. 929).

L' eredità devolute ai *minori* ed agli *interdetti,* non si possono validamente

diritto Romano esige per regola un *fatto speciale* di acquisto: dappoichè per diritto Romano l'eredità *ordinariamente* sia *offertu*,

accettare che con le *formalità* stabilite nei titoli 8 e 9 del libro I, del Codice (delle quali abbiamo altrove parlato) e *col benefizio dell' inventario* (art. 930).

I maggiori *inabilitati* non possono accettare che *col benefizio dell' inventario*, e col *consenso del curatore* (art. 931).

Le eredità devolute ai *corpi morali* non possono essere accettate che con l'*autorizzazione del Governo*, da accordarsi nelle forme stabilite dalle leggi speciali. Esse non possono essere accettate se non col benefizio *dell' inventario*, secondo le forme stabilite dai respettivi regolamenti (art. 932) appunto come vedemmo per le donazioni (art. 1060).

B L'accettazione *è tacita* quando l'erede fa un atto che presuppone la sua volontà di accettare l'eredità, e che egli non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede (art. 934), o in altre parole, che egli non potrebbe *credere di avere il diritto di fare* se non si reputasse erede. Gli atti semplicemente conservativi, di vigilanza e di amministrazione temporanea non importano accettazione di eredità, se con essi non siasi assunto il titolo o la qualità di erede (art. 935). La donazione, la vendita o la cessione che uno dei coeredi faccia dei suoi diritti di successione ad un estraneo o a tutti i suoi coeredi o ad alcuni di essi, inducono dal suo canto l'accettazione dell' eredità (art. 936). Lo stesso ha luogo per la renunzia fatta anche gratuitamente da uno degli eredi a vantaggio di uno o più suoi coeredi (è questa infatti una implicita donazione nel sistema del Codice), come anche quella fatta a profitto di tutti i suoi coeredi indistintamente, quando per la renunzia riceve un prezzo (art. 937), conciossiachè sia allora questa rinunzia una vendita.

La rinunzia fatta da un coerede non induce accettazione di eredità, quando sia fatta *gratuitamente* a tutti quei coeredi legittimi o testamentari, ai quali sarebbesi devoluta la porzione del rinunziante in caso di sua mancanza (articolo 938). Abbiamo detto che se quegli a cui favore si è aperta una successione muore senza averla accettata espressamente o tacitamente, *trasmette* ai suoi eredi il diritto di *accettarla* (art. 939); ora aggiungiamo, che se questi eredi non sono d'accordo fra loro per accettare o rinunziare l'eredità, quello che accetta acquista solo tutti i diritti, e soggiace a tutti i pesi dell' eredità, rimanendovi estraneo il rinunziante (art. 940). Gli eredi che hanno accettata l'eredità propria del trasmittente, possono tuttavia rinunziare all' eredità al medesimo devoluta ma non ancora da lui accettata; all'opposto la rinunzia all' eredità propria del trasmittente, inchiude quella dell' eredità al medesimo devoluta (art. 941). È evidente che rinunziando ad essere suoi eredi rinunziano ancora al *diritto* che era in lui di accettare l'eredità deferitagli.

L' effetto dell' accettazione *risale* al giorno in cui fu aperta la successione (art. 933), ossia *retroagisce*, e chi accettò l'eredità si considera come se fosse stato erede fin dal momento della delazione. Dunque secondo il Codice nostro quegli cui l'eredità era devoluta, prima dell' accettazione vero e proprio *erede non era*, avea il possesso dei beni del defunto ma non la proprietà. Sono però sempre salvi i *diritti acquistati dai terzi* per effetto di convenzioni a *titolo oneroso* fatto di *buona fede* coll' erede *apparente*. Se questi ha alienato *in buona fede* una cosa dell' eredità, è soltanto obbligato a restituire il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione contro il compratore che non l'avesse ancora pagato (art. 933). Disposizioni sono queste, prese ad imprestito dal Senatusconsulto comunemente chiamato Giovenziano (*Juventianus*) il testo del quale è riferito nel fr. 20, § 6, *Dig. de petitione hereditatis*. Esso disponeva che se l'erede apparente di buona fede aveva venduto i beni ereditari, non era obbligato che a rendere il prezzo e non la cosa (fr. 20, § 12, *Dig. de petit. hered.*), e che se cotal prezzo era stato da lui speso, perduto o dilapidato nell' opinione di abusare di cosa propria, non era obbligato a pagarlo perchè il Senatusconsulto l'obbligava soltanto a rendere quello di cui si fosse locupletato (fr. 25, § 11, *Dig. de petit. hered.*). Il Codice nostro rispettando le alienazioni fatte dall'erede apparente di buona fede, viene a porre una limitazione alla regola generale stabilita nell' articolo 1459, cioè che la *vendita della cosa altrui è nulla;* ma

non imposta. Dunque è necessario all'acquisto un fatto speciale, che manifesti la volontà di acquistare l'eredità (*Instit.*, § 7, *h. t.*,

lo dicemmo altra volta, non è questa la sola limitazione all'indicata regola che nel Codice occorra (vedi gli articoli 39, 1149, 1242, 1762). L'erede apparente di buona fede non è tenuto (pel capoverso 2° dell'articolo 933) alla restituzione dei frutti se non dal giorno della domanda giudiciale. Disposizione la quale concorda con quella dell'articolo 703.

L'accettazione dell'eredità non si può impugnare, salvo che sia stata la conseguenza della *violenza* e del *dolo*. Non si può impugnare per causa di *lesione*. Tuttavolta se viene a scuoprirsi un testamento del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione, l'erede non è tenuto a soddisfare ai legati scritti in esso oltre il valore dell'eredità, *salva la porzione legittima che gli sia dovuta* (art. 942).

La facoltà di accettare un'eredità *non si prescrive che col decorso di trent' anni* (art. 943).

II. La rinunzia ad un' eredità *non si presume*. Essa *non può farsi che con una dichiarazione* presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione, sopra un registro tenuto all'uopo (art. 944).

Dunque il Codice nostro di regola non ammette una *rinunzia tacita*. Un esempio di rinunzia tacita, e presunta, in limitazione a tal regola, per altro si legge nell'art. 951. La rinunzia non può essere fatta se non da coloro che potrebbero, volendo, accettare l'eredità (argom. dagli articoli 226, 296, 319, 339).

Finchè il diritto di accettare un' eredità non sia prescritto contro gli eredi che vi hanno rinunziato, questi possono ancora accettarla, quando non sia già stata accettata da altri eredi, senza pregiudizio però delle ragioni acquistate dai terzi sopra i beni dell'eredità, tanto in forza della prescrizione, quanto di atti validamente fatti col curatore dell'eredità giacente (art. 950).

Se però un erede testamentario o legittimo è chiamato in giudizio da chi ha interesse verso l'eredità per costringerlo a dichiarare se accetti o renunzi l'eredità stessa, l'autorità giudiciaria stabilirà *un termine* per tale dichiarazione; decorso questo termine senza che siasi fatta la dichiarazione, l'eredità *si intende repudiata* (art. 951). Ma i chiamati all'eredità che si trovano nel *possesso reale* dei beni ereditari, perdono il diritto di rinunziarvi decorsi *tre mesi* dall'apertura della successione, o dalla notizia della devoluta eredità, se non si sono conformati alle disposizioni circa al benefizio dell'inventario, e sono riputati eredi puri e semplici, ancorchè opponessero di possedere tali beni ad un altro titolo (art. 952). Si osservi che quest' articolo (952) parla di chiamati all'eredità che si trovano nel *possesso reale* dei beni ereditari; parla di un *possesso di fatto* in contrapposto al *possesso di diritto* dei beni del defunto, che per l'articolo 925 passa senza bisogno di materiale apprensione nella persona cui l'eredità è devoluta, ossia che è chiamata all'eredità o per legge o per testamento.

Gli eredi che hanno sottratti o nascosti effetti spettanti all'eredità, decadono dalla facoltà di rinunziarvi, e restano eredi puri e semplici nonostante la loro rinunzia (art. 953).

Non si può neppure nel contratto di matrimonio, rinunziare all'eredità di una persona vivente, nè alienare i diritti eventuali che si potrebbe avere a tale eredità (art. 954 col quale concordano gli art. 1118, 1380, 1460).

Chi rinunzia all'eredità *è considerato* come se *non vi fosse stato mai chiamato*. La rinunzia però non lo esclude dal poter chiedere i legati a lui fatti (art. 945). Si osservi che quest'articolo non dice: chi rinunzia all'eredità *è considerato* come se *non fosse stato mai erede* (espressione che adopera l'articolo 785 del Codice francese), dice invece che si considera *come se non vi fosse stato mai chiamato*. Questa diversità di locuzione è segno evidente che pel legislatore italiano la qualità di *erede* e la proprietà dei beni ereditari non si acquistano dalla persona chiamata a succedere o per legge o per testamento, se non in conseguenza dell'accettazione dell'eredità. L'accettazione retroagisce (art. 933) fino al giorno in cui si è aperta la successione, ma il giorno dell'apertura della medesima la persona chiamata a succedere non è ancora

II, 19). Questa regola soffre limitazione per rispetto a coloro, che sono sotto l'*jus o la potestas* della persona della cui eredità si tratta. Costoro acquistano l'eredità *ipso jure*, e perfino contro loro volontà ed a loro insaputa, e nel momento stesso che è a loro deferita; onde la distinzione di: eredi *necessari* e eredi *volontari*. Siffatta distinzione si riferisce soltanto all'*hereditas*, poichè la *bonorum possessio* non si acquista mai *ipso jure* (fr. 3, § 3, *Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1).

A) *Eredi necessari.*

§ 735. Per diritto Romano sono tali:

a) I servi.

b) Le persone sottoposte immediatamente alla potestà della persona, che lascia l'eredità. I primi si dicono *necessarii heredes*, i secondi *sui et necessarii* (Gajo, II, 152, *Instit. h. t. pr.*).

a) *I servi.* (*Heredes necessarii*).

§ 736. Il servo proprio poteva essere istituito (lo dicemmo) a condizione che insieme alla istituzione, fosse scritta la manomissione. In seguito la manomissione fu presunta, ogni qualvolta occorreva la istituzione in erede del servo proprio (vedi sopra, § 656). I servi erano dalle leggi dichiarati *eredi necessari*, affinchè il padrone che li istituiva fosse abilitato, comunque obe-

un vero e proprio erede, non è proprietario dei beni del defunto; ha soltanto il *possesso di diritto* dei medesimi (art. 925) ed il diritto di accettare la successione: diritto che morendo trasmette ai propri eredi, se muore prima di averlo esercitato (art. 939).

I creditori di colui che rinunzia ad un'eredità a pregiudizio dei loro diritti, possono farsi autorizzare giudicialmente ad accettarla in luogo e nome del loro debitore. In questo caso la rinunzia è annullata, non in favore dell'erede che ha rinunziato, ma solamente a vantaggio dei creditori suoi e per la concorrenza dei loro crediti (art. 949).

È questo uno dei tanti casi nei quali il Codice nostro accorda ai creditori il diritto di impugnare gli atti fatti in *frode* e a pregiudizio delle loro ragioni (vedi gli articoli 680, 1235, 1294, 1422, 2142). Si osservi che per diritto Romano i creditori non sarebbero stati ammessi a far annullare la rinunzia all'eredità fatta in frode dei loro diritti, perchè l'azione *Pauliana* o *revocatoria*, non poteva sperimentarsi se non quando il debitore avesse *diminuito* il suo patrimonio, non quando avesse *omesso di accrescerlo* (fr. 1 e 6, *Dig. quæ in fraud. credit.*, fr. 28, *Dig. de verb. signif.*) E non diminuiva il suo patrimonio, nel sistema Romano, chi non accettava un'eredità perchè la delazione della medesima non gli dava il possesso di diritto di quella, possesso che la legge nostra accorda al chiamato a succedere appena la successione è aperta (art. 925).

rato lasciasse il patrimonio, ad avere un erede: e fosse così sottratto all'ignominia, che i suoi creditori fattisi immettere nel possesso del medesimo, lo vendessero in suo nome (GAJO, II, 154, *Instit.*, § 1, *h. t.*). In compenso dello svantaggio, che tale disposto di legge portava al servo, obbligato ad essere erede a suo malgrado, egli acquistava la libertà; di più conservava la proprietà dei beni, che dopo la morte del padrone egli avesse acquistato. Ma affinchè questi beni fossero esenti dalle azioni dei creditori del suo padrone, faceva di mestieri che impetrasse ed ottenesse dal Pretore il così detto *benefizio della separazione dei patrimoni*, cioè la separazione del patrimonio che aveva accumulato dopo la morte del padrone, dal patrimonio del padrone stesso pervenutogli per eredità (GAJO, II, 155; fr. 1, § 18, *Dig. de separat.*, XLII, 6). Se non otteneva questo benefizio, i creditori del padrone facevano vendere tanto il patrimonio del padrone, quanto quello del servo suo erede, perchè confusi insieme (*propter contractionem*). Tuttavolta se dopo questa vendita, il servo avesse acquistati altri beni, questi erano al sicuro dalle azioni dei creditori del defunto padrone; perchè venduti una volta tutti i beni del defunto, non si poteva pretendere che con quelli si fossero confusi i beni del servo (GAJO, II, 155). Affinchè il servo fosse erede necessario, addimandavasi, che nel momento in cui fu fatto il testamento, ed in quello della morte del testatore, egli fosse in potestà del testatore medesimo (fr. 49, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5). Che se fosse stato manomesso nell' intervallo fra la fazione del testamento e la morte del testatore, non sarebbe stato più un erede necessario, ma invece volontario. (*Instit.*, § 1, *de hered. instit.*, II, 14, *Instit.*, § 3, *h. t.*, II, 19).

b) Persone sottoposte all' immediata potestà del defunto. (*Heredes sui et necessarii.*)

§ 737. Già abbiamo spiegato la ragione del nome *heres suus*. L'*heres suus* era anche *erede necessario*, perchè alla pari del servo, *ipso jure* diveniva erede, lo volesse o no, lo ignorasse o lo sapesse. Ma se l' erede necessario era istituito sotto la condizione potestativa *si volet*, acquistava la successione soltanto dietro una dichiarazione di volontà (fr. 12, *Dig. de condit. instit.*, XXVIII, 7; fr. 86, § 1, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5). Essendo

cosa durissima l'astringere i discendenti ad essere eredi, quando il patrimonio del defundo era oberato, il Pretore abilitava costoro ad astenersi dall' eredità. Tale benefizio fu detto *beneficium abstinendi*. L'*heres suus*, il quale gode di siffatto benefizio, non cessa per ciò di essere erede, essendo questa una qualità che egli acquista *ipso jure*, e qualità che una volta acquistata più non si perde, giusta il principio: *semel heres semper heres;* ma il Pretore lo trattava come se erede non fosse; (fr. 12 *pr., Dig. de inter. in jure,* XI, 1), e tale finzione aveva per effetto, che l'acquisto della successione non gli riuscisse nè vantaggioso, nè pregiudicevole. Non era obbligato a pagare i debiti, nè i legati ec., ma il testamento non era *destituto* per la sua astensione (GAJO, II, 158, 163; ULP., XXII, 24; fr. 57, *Dig. de acq. vel amitt. hered.,* XXIX, 2; fr. 30, § 10, *Dig. de fideicom. libert.,* XL, 5). Il beneficio dell' *astensione* o *beneficium abstinendi*, del quale godevano gli *heredes sui* e *necessarii*, era non poco diverso dalla *separazione dei patrimoni*, che potevano ottenere gli *eredi necessari;* ne differiva infatti sì nella *forma*, come negli *effetti*.

a) Nella *forma*, perchè il *beneficium abstinendi* non dovevasi chiedere; bastava che l'erede non si mescolasse nell'eredità; non si esigevano nè dichiarazioni, nè dimanda per parte sua (fr. 12, *Dig. de acq. vel amitt. hered.,* XXIX, 2). Per lo contrario la separazione dei patrimoni dovevasi chiedere al Pretore, il quale la concedeva con un decreto.

b) Negli *effetti*, poichè in conseguenza dell' astensione, nessuna azione o persecuzione poteva essere diretta dai creditori contro l'*heres suus;* all' opposto, nonostante la separazione dei patrimoni, i creditori del defunto conservavano le loro azioni contro l'*erede necessario;* se non che queste erano limitate all'ammontare del patrimonio *netto* ad esso lasciato. Gli effetti favorevoli dell' astensione, non si verificavano se l'erede *suus et necessarius* avesse sottratto o fatto sottrarre alcunchè dall' eredità, o se si fosse immischiato nella medesima (fr. 71, § 3, 9, *Dig. eod.,* XXIX, 2). Ciononpertanto gli impuberi potevano invocare questo benefizio, ancora quando si fossero mescolati nella successione; ed il pubere otteneva facilmente la restituzione in intiero (fr. 11, 12, 57, *Dig. eod.*, XXIX, 2, *Instit.* § 5, *h. t*, II, 19, GAJO, II, 163). D'altronde la prova che l'erede si fosse mescolato nella successione, doveva essere fornita da chi allegava que-

sto fatto. L' *heres suus* che si asteneva, poteva, finchè i beni ereditari non fossero venduti dai creditori (*donec res paternæ in eodem statu permanserint*) pentirsi ed accettare l'eredità; ma Giustiniano pose il limite di tre anni a questa facoltà, sempre sotto la condizione ad esercitarla, che in questo tempo la vendita non fosse stata eseguita (fr. 8, *Dig. de jure delib.*, XXVIII, 8, *cost.* 6, *Cod. de repud. vel abst. hered.*, VI, 31).

B) Eredi volontari o estranei.

§ 738. Tali sono tutti coloro, che non rivestono la qualità di *necessari*. Sono detti volontari perchè l'acquisto dell'eredità dipende dal loro libero arbitrio, e sono detti *estranei* in contrapposto ai *sui*. Essi non acquistano l'eredità *ipso jure;* l'acquistano in conseguenza di una manifestazione del loro volere. Per acquistare l' *hereditas* è necessaria l' *adizione* (*aditio*), voce che deriva *da ire ad*, *adire hereditatem* significando, *ire ad hereditatem*. La parola *adizione* nel suo significato più ampio esprime: qualunque manifestazione del volere di acquistare l'eredità. L'adizione ha assunto tre forme diverse:

1° La *cretio*, 2° L' *aditio, propriamente detta*, 3° La *pro herede gestio*.

1° *La cretio.*

§ 739. Così si chiamava l'accettazione solenne di una eredità *testamentaria*, dentro il tempo stabilito dal testatore, fatta con la formula sacramentale, che Gajo ed Ulpiano riferiscono (Gajo, II, 166; Ulp., XXII, 28); « *Quod me Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo, cernoque.* » *Crezione* (voce che Gajo fa derivare da *cernere*, quasi *decernere, Com.*, II, § 164), significava ancora quel numero di giorni assegnati dal testatore all'erede, nei quali doveva deliberare se gli conveniva accettare l'eredità. Il testatore assegnava questo termine a deliberare dicendo: « *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis quibus scieris, poterisque, nisi ita creveris exheres esto* » (Ulp., XXII, 27). Del testatore che assegnava questo termine si diceva *cretionem dare:* dell' erede che dentro il medesimo accettava solennemente l'eredità, *cernere hereditatem* (Varrone, VII, 97). Generalmente il termine per la crezione era di 100 giorni, per altro il testatore aveva facoltà di assegnarne

uno più lungo o più breve, ma talvolta se era più lungo, il Pretore l'abbreviava (GAJO, II, 170). L'erede prima dello spirare di questo termine, doveva accettare l'eredità; prima del suo spirare, poteva pentendosi accettare l'eredità, che aveva precedentemente rifiutata (GAJO, II, 168; ULP., XXII, 30). La crezione poteva essere configurata in due maniere:

a) il testatore poteva ordinare che il termine assegnato all'erede non cominciasse a decorrere se non che dal giorno in cui egli avesse saputo di potere o potuto (*in diebus quibus scieris poterisque*) adire la eredità (*vulgaris cretio*), o

b) il testatore poteva ordinare che il termine decorresse immediatamente; e ciò faceva omettendo la clausula: *quibus scieris poterisque* (*continua cretio*). Questa *continua cretio*, come più rigorosa della *vulgaris* era meno frequentemente adoperata (GAJO, II, 172; ULP., XXII, 31). Se l'erede adempiva alla *cretio* nel tempo stabilito, acquistava l'eredità: se invece lasciava decorrere il termine senza fare la crezione, si riteneva che avesse *omesso* di acquistare l'eredità. Il testatore poteva imporre la crezione con diseredazione o senza; nel primo caso la *cretio* si diceva *perfecta*, nel secondo *imperfecta*. Nella *cretio perfecta* il testatore dopo aver fissato il termine aggiungeva le parole: *quod ni ita creveris, exheres esto*, e perciò se l'erede non obbediva, perdeva qualunque diritto alla successione, comunque avesse eseguito atti di *pro herede gestor* (GAJO, II, 165, 166, 176). Nella *cretio imperfecta* il testatore dopo aver fissato il termine invece di dire: *si non creveris, exheres esto*, aggiungeva le parole, *si non creveris, tunc Mævius heres esto*. In tal caso l'erede cui era stata imposta la crezione, con l'obbedire al testatore, escludeva il sostituito a lui; col disobbedire, ma col fare atti di *pro herede gestio* lo escludeva in parte, cioè consuccedeva seco a parti uguali: ma poi Marco Aurelio stabilì, che ancora col fare atti di *pro herede gestio* escludesse del tutto il sostituito; ma che il sostituito escludesse lui, se egli non avesse fatto crezione, nè atti di *pro herede gestio* (ULP., XXII, 34). La crezione andò a poco a poco in disuso perchè divenuta inutile dopo che il Pretore ebbe accordato, come diremo, un termine a deliberare (*spatium deliberandi*); essa fu espressamente soppressa da una Costituzione di Arcadio e Teodosio I, (*cost.* 17, *Cod. de jure delib.*, VI, 30), e nel diritto Giustinianeo non se ne fa più menzione.

2° *Aditio propriamente detta.*

§ 740. Questa si eseguiva con la manifestazione pura e semplice della volontà di essere erede; eseguita cioè senza formalità. Ma doveva essere esplicita, e fatta personalmente: non per procuratore (fr. 90, *Dig. h. t.*, XXIX, 2; fr. 54 *pr.*, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1). Adita l'*hereditas*, l'erede ne acquista il dominio, ma non il possesso; per acquistarne il possesso si addimanda un atto speciale di acquisto (fr. 23 *pr.*; fr. 30, § 5, *Dig. de acq. vel omitt. possess.*, XLI, 2).

3° *Pro herede gestio.*

§ 741. A differenza della *cretio* e dell'*aditio* propriamente detta, modi espliciti di acquistare l'eredità, la *pro herede gestio*, è un modo implicito di acquistarla. Consiste essa nel condursi come un erede, nell'eseguire atti propri di un erede, (*heres*) o proprietario (*herus, dominus*): *veteres enim heredes pro domini appellabant* (Gajo, II, 166; Paolo, IV, 8, 25; fr. 17, § 1; fr. 19; fr. 20, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2). Così il vendere le cose ereditarie, sarebbe atto da erede o da padrone perchè di regola questi solo può vendere, non già l'amministratore; non così il riscuotere dei crediti, perocchè ciò è lecito anche al *negotiorum gestor* (*Instit.*, § 7, *h. t.*, II, 19). Ma se gli atti impresi per rispetto ai beni ereditari, fossero conseguenza di un errore, o fossero misure conservatorie, non potrebbero essere considerati come prove dell'accettazione o dell'acquisto di una eredità (fr. 20, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2). L'*aditio* e la *pro herede gestio* sono applicabili tanto alla eredità testamentaria, quanto alla legittima.

§ 742. L'adizione dell'eredità può avvenire soltanto dopo la delazione, e dopo che tal delazione è stata *conosciuta* dall'erede, ed egli ha avuto notizia del fondamento della delazione medesima, cioè ha saputo se l'eredità gli è deferita per testamento o per legge. Trattandosi di eredità testamentaria si richiede inoltre che l'erede sappia qual'è il testamento in cui è stato istituito, sebbene in gius Nuovo non sia necessario che l'apertura del testamento preceda l'adizione (*cost.* 1, § 1, *Cod. de caduc. toll.*, VI, 51). Mancando le accennate condizioni, l'adizione dell'eredità non varrebbe (fr. 19, 22, 32, 51, *Dig. de acq. vel amitt. hered.*, XXIX, 2).

§ 743. L'adizione dell'eredità deve essere fatta *liberamente* (fr. 6, § 7; fr. 20; fr. 88, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2), ed in quella guisa in cui è deferita; non è lecito adire la eredità *sotto condizione o in parte* (fr. 1; fr. 2; fr. 51, § 2; fr. 52, § 1; fr. 53, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2).

§ 744. L'erede non è obbligato a dedurre all'esercizio il suo diritto di aquistare l'eredità, *dentro un certo termine*, se non quando: 1° quel termine gli sia stato imposto dal testatore; 2° gli sia stato assegnato dal giudice, dietro le istanze degli interessati all'accettazione o alla repudia; 3° o egli l'abbia chiesto per deliberare, se gli convenga accettare o rifiutare: *spatium deliberandi*, (Gajo, II, 167, fr. 1, § 1, *Dig. de jure delib.*, XXVIII, 8).

§ 745. E ciò sia detto intorno all'acquisto dell'*hereditas*; relativamente all'acquisto della *bonorum possessio* valgono regole diverse. La *bonorum possessio* infatti, poteva essere chiesta ancora per procuratore (fr. 3, § 7; fr. 7, *Dig. de bonor. poss.*, XXXVII, 1); poteva inoltre, negli ultimi tempi, essere chiesta eventualmente anche avanti la delazione (*cost.* 9, *Cod. qui adm. ad bon. poss.*, VI, 9), ma conosciuta la delazione, era sempre limitata ad un breve termine fissato, come dicemmo, in un anno *utile* per gli ascendenti e discendenti, e in 100 giorni *utili* per gli altri (fr. 1, *pr.*, § 9, § 12, *Dig. de succes. ed.*, XXXVIII, 9). Doveva essere chiesta sempre in giudizio da primo dinanzi al Pretore, in seguito dinanzi a qualunque magistrato (*Instit.*, § 7, *de bon. poss.*, III, 9, *cost.* 9, *Cod. qui admit. ad bon. poss.*, VI, 9, vedi sopra, § 590, e seg.).

§ 746. L'erede può volere rinunziare all'eredità; questa sua volontà di rinunziare, alla pari della volontà di acquistare, può resultare, *espressamente* dalle parole, o può dedursi *tacitamente* dai fatti. Come l'*aditio* è una espressa maniera di accettare l'eredità, così la *repudiatio* è una espressa maniera di rinunziare; e come la *pro herede gestio*, è una implicita e tacita manifestazione della volontà di essere erede, la *omissio hereditatis* (che si verifica per la inazione e pel silenzio protratti), è una implicita e tacita manifestazione della volontà di rinunziare all'eredità (fr. 88, 95, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2; fr. 1, § 4, *Dig. ut in poss, legat.*, XXXVI, 4, *Cod. de repudianda vel abstinenda hereditate*). La rinunzia all'eredità per esser valida, addimanda gli stessi requisiti, che sono necessari all'acquisto dell'eredità (fr. 4; fr. 18, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2); presuppone dun-

que anch' essa la delazione (fr. 13 *pr.*, § 1, 2; fr. 23; fr. 94, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*), presuppone la scienza della delazione (fr. 15; fr. 16; fr. 23, *Dig. de acq. hered.*), e così va discorrendo.

§ 747. L' *erede estraneo o volontario* quando non abbia già accettata l'eredità, ha facoltà di rinunziarvi (*cost.* 4, *Cod. de repud. hered.*, VI, 31, ma rinunziatovi espressamente, non può poi adirla (Gajo, II, 169; Ulp., XXII, 29, *Instit.*, § 7, *de hered. qual.*, II, 19). La rinunzia di regola è libera all' erede estraneo e volontario (*Instit.*, § 5, *de hered. qual.*, II, 19; fr. 12, *Dig. de condit. instit.*, XXVIII, 7), non così all' erede *suus et necessarius*, ammenochè esso sia stato istituito con la condizione *si volet:* condizione che lo parifica ad un erede estraneo o volontario. Ma l' erede *suus et necessarius*, mediante il *beneficium abstinendi* (vedi sopra, § 737), consegue lo stesso resultato che se rinunziasse.

§ 748. La *bonorum possessio* dovendo essere chiesta da chiunque la desidera, chi non la vuole, basta che ometta di chiederla. È lecito ancora di rinunziarvi espressamente, ma tal rinunzia viene parificata all' omissione di domanda, laonde chi rinunziò a chiedere la *bonorum possessio* nel proprio grado, può chiederla nel successivo, ove egli appartenga ancora a questo; e quando sia un erede civile, può far valere in ogni tempo il suo diritto ereditario (fr. 1, § 10 e 11, *de succes. ed.*, XXXVIII, 9; fr. 2, *Dig. unde legit.*, XXXVIII, 7). Non lice rinunziare alla *bonorum possessio decretalis*, perchè essa non è deferita finchè non è emanato il decreto, e dopo il decreto, essa è già acquistata (fr. 1, § 7, *Dig. de succes. ed.*, XXXVIII, 9).

749. Non è inutile, a compimento di quanto abbiamo detto sui modi di acquistare l' eredità, porre in rilievo alcune notevoli differenze fra gli eredi *sui et necessarii*, e gli eredi estranei o volontari.

a) Gli eredi *sui et necessarii*, non *adiscono* l' eredità, l' acquistano *ipso jure:* per costoro non si può distinguere *delazione* da *adizione* di eredità. *I volontari* invece *adiscono* l' eredità, espressamente o tacitamente, dopo che è stata loro *deferita*.

b) I primi si *astengono* dalla eredità, i secondi la *repudiano* od *omettono* di adirla.

c) Si ritiene che i primi abbiano rinunziato al *benefizio dell'astensione*, quando si provi il loro mescolarsi nell' eredità (*se immiscere*); si ritiene che i secondi abbiano tacitamente accettato

l' eredità, quando consti del loro condursi come eredi (*pro herede gerere*), vedi *Instit.*, § 5, *h. t.*

d) I primi essendo eredi *ipso jure*, trasmettono ai propri eredi l' eredità appena è aperta, i secondi non la trasmettono di regola finchè non l' hanno adita (*cost.* 3 e 19, *Cod. de jure delib.*, VI, 30).

§ 750. Per diritto Romano ha facoltà di acquistare una eredità, o di rinunziarla soltanto chi è *sui juris*, gode della pienezza delle facoltà intellettuali, ed ha libera disponibilità del suo patrimonio. Di qui derivano le conseguenze che appresso:

1° Il servo altrui istituito erede, non può accettare l' eredità senza l' ordine del suo padrone (*jussus domini*) pel quale l' acquista (*Instit.* § 3, *per quas.. pers. nob. acq.*, II, 9).

2° Il figlio di famiglia in gius Antico essendo nella stessa condizione del servo, non aveva facoltà di acquistare un' eredità o di rinunziarla se non che dietro il comando del padre pel quale acquistava (fr. 6 *pr.*, § 1, 4; fr. 8, § 1; fr. 13, § 3; fr. 36, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2; *Instit.* § 1, *per quas pers. nob. acq.*, II, 9). Ma in gius Nuovo molto diversamente procede la cosa. Ed invero se il figlio di famiglia è *infante* o *assente*, il padre adisce l' eredità o la rinunzia per lui, ma egli può in seguito chiedere la *restitutio in integrum* contra l' adizione o la rinunzia paterna. Ove ottenga la *in integrum restitutio* dalla rinunzia paterna, tutti gli oneri dell' eredità fanno carico a lui, ma il padre non ha l'usufrutto di quei beni ereditari; ed ove ottenga quella *restitutio* dall'*aditio paterna*, gli oneri ereditari fanno carico al padre (*cost.* 8, *Cod. de bonis quæ lib.*, VI, 61). Il figlio di famiglia *infantia major*, può col consenso del padre acquistare o rinunziare l'eredità deferitagli. Ma se il figlio vuol rinunziarla, il padre ha facoltà di acquistarla per sè; e se il padre oppone il suo dissenso all' acquisto dell' eredità che il figlio vuole fare, il figlio può adirla da sè, ed allora il padre non ha l' usufrutto nè l' amministrazione di quella eredità, la quale quando il figlio di famiglia è minore, viene amministrata da un curatore (*cost.* 8, § 1, 2, 3, *Cod. de bon. quæ. lib.*, VI, 61, vedi vol. I, lib. I, § 139, n. 1).

3° Il pupillo maggiore dell' infanzia, non può acquistare o rifiutare un' eredità, se non che coll' *auctoritas* del tutore (vedi vol. I, lib. I, § 224, in fine). Ma se è infante, dopo Teodosio e Valentiniano, il tutore acquista o rifiuta l' eredità per lui (vedi vol. I, lib. I, § 223).

4° Il minore di 25 anni, pubere, può acquistare o repudiare un' eredità liberamente, se egli non ha curatore; ma se ha curatore; non può senza il suo consenso *adire* l'eredità, mentre può *agnoscere bonorum possessionem* (vedi vol. I, lib. I, § 264, lettera c).

5° Il prodigo può adire un' eredità (fr. 5, § 1, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2; vedi vol. I, lib. I, § 259).

6° Il furioso non può adire o rinunziare un' eredità da per sè, ma il padre o il curatore ne ottengono una *bonorum possessio* provvisoria, e l'amministrano alla pari degli altri beni del furioso (*cost.* 7, § 3, *cod. de curat. furiosi*, V, 70, vedi vol. I, § 23). Ove egli recuperi la ragione, ha facoltà di dichiarare se vuole acquistare o rifiutare quell' eredità, ma se muore nell' alienazione mentale, o se dopo la sua guarigione non fa dichiarazione alcuna, o se rinunzia espressamente all' eredità medesima, l'amministratore la restituisce ai più prossimi eredi dopo il furioso (*cost.* 7, § 8 e 9, *Cod. de curat. fur.*, V, 70).

§ 751. Finchè l' erede volontario non si è deciso espressamente o tacitamente ad acquistare o rinunziare l'eredità, la medesima dicesi eredità giacente: *hereditas jacens.* [1] Da alcuni fram-

[1] L' articolo 980 del Codice dice doversi *reputare giacente l' eredità* quando l' erede *non sia noto,* o gli eredi *testamentari* o *legittimi abbiano rinunziato.*

Si provvede allora all' amministrazione o conservazione dei beni ereditari mediante un curatore (cit. art. 980) che viene nominato dal pretore del mandamento in cui si è aperta la successione, sull' istanza delle persone interessate o anche di uffizio (art 981).

Questo curatore è tenuto a far procedere all' inventario dell' eredità, ad esercitarne e promuoverne le ragioni; a rispondere alle istanze proposte contro la medesima; ad amministrarla; a versare nella cassa dei depositi giudiziari il danaro che trovasse nell' eredità, o che ritraesse dalla vendita dei mobili o degli immobili; e da ultimo a render conto della sua amministrazione (art. 982).

Tutte le disposizioni risguardanti l' inventario, il modo di amministrazione, e il rendimento di conti per parte dell' erede con beneficio d' inventario, sono comuni ai curatori dell' eredità giacente (art. 983).

Osserveremo che l' articolo 980 del Codice nel dichiarare quando si *reputi giacente l' eredità,* parlando del caso in cui l' erede legittimo o testamentario *non sia noto,* intende di parlare di colui cui l' eredità è deferita, ma che non l'abbia per anco accettata. Avvertiremo per altro che nell' intervallo fra l'apertura della successione a favore di un erede, e la sua accettazione, non solo l' eredità debba *reputarsi giacente,* ma sia *effettivamente giacente,* come lo era in Diritto Romano. Riteniamo poi, che l' eredità debba *reputarsi* giacente appena gli eredi testamentari, o legittimi immediati, abbiano rinunziato, quantunque per la rinunzia degli eredi legittimi *immediati*, altri eredi legittimi sieno chiamati alla successione.

È opinione nostra insomma, che il legislatore abbia inteso riferirsi, nell'articolo 980, soltanto ai *primi eredi legittimi*, e crediamo che per la loro rinunzia la eredità *possa subito reputarsi* (come dice il citato articolo) *giacente.* Terminiamo questa nota con l' osservare, che altro è *eredità giacente,* ed altro *eredità*

menti delle Pandette, lo dicemmo altrove, pare che l'eredità giacente sia senza padrone (vedi vol. I, lib. II, § 12 in fine) ma un padrone lo ha, sebbene ancora non si conosca (SAVIGNY, *Sist. di D. Rom.*, vol. II, § 102). In diritto Romano invece di considerarla come proprietà di un padrone **ignoto**, ma che poi si farà conoscere; si finge che l'eredità stessa rappresenti il defunto, non la persona dell' erede sconosciuto (*Instit. pr., de stip. serv.*, III, 17, § 2, *de hered. instit.*, II, 14; fr. 34, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1), perocchè del defunto si conosce quale era la capacità di acquistare, e si può quindi determinare di quali acquisti l' eredità giacente che lo rappresenta è capace, mentre ciò non si potrebbe relativamente alla persona dell' erede sconosciuto. L' eredità giacente può dunque acquistare, e specialmente acquistava per mezzo dei servi appartenenti alla medesima (fr. 33, § 2; fr. 34; fr. 61 *pr.*, *de acq. rer. dom.*, XLI, 1; *Instit. pr., de stip. serv.*, III, 17; fr. 18, *Dig. eod.*, XLV, 3, *Instit.*, § 2, *de hered. instit.*, II, 14; fr. 31, § 1; fr. 52; fr. 64, *Dig. eod.*, XXVIII, 5), può usucapire e compiere l' usucapione cominciata dal defunto (fr. 31, § 5; fr. 40; fr. 44, § 3, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 30 *pr.*, *ex quib. caus. maj.*, IV, 6); acquista dei crediti per occasione di danni arrecatile (fr. 13, § 2; fr. 43, *Dig. ad leg. Aquil.*, IX, 2; fr. 13, § 5, *Dig. quod vi aut clam*, XLIII, 24), o per mezzo della *negotiorum gestio* impresa a suo vantaggio (fr. 3 *pr.*, § 6; fr. 21, § 1, *Dig. de negot. gest.*, III, 5), ed ancora pel verificarsi (dopo la morte del suo antico padrone) della condizione apposta ad una convenzione conclusa dal medesimo (fr. 77, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1), nonchè per la fideiussione prestata da alcuno (fr. 22 *Dig. de fidejus.*, XLVI, 1). Entrano a far parte di lei le cose prodotte naturalmente da quelle che la compongono (fr. 3, § 6, *Dig. de negot. gest.*, III, 5; fr. 20, § 3; fr. 25, § 20; fr. 26; fr. 27; fr. 40, § 1, *de hered. petit.*, V, 3). Tuttavolta è incapace di quelli acquisti, che per esser fatti addimandano un'attività personale per parte dell' acquirente (fr. 61 *pr.*, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 1, § 15, *si is qui in test.*, XLVII, 4). Nel diritto Antico, fu da noi avvertito (vedi vol. I, lib. II, § 91), per eccitare l' erede ad adire prontamente l' eredità deferitagli, si ammetteva a carico della medesima una *usucapio lucrativa pro*

vacante (*bona vacantia*). L' eredità è *vacante* quando non esistono eredi testamentari nè eredi legittimi in grado successibile. Allora l' eredità si devolve al patrimonio dello Stato (art. 758).

herede, e sebbene questa *usucapio* venisse poi a sparire, un rimasuglio di tale *improba* maniera di acquisto, si può dire che fosse il divieto di agire con le azioni del furto contro chi avesse arbitrariamente preso possesso delle cose ereditarie, il quale si diceva colpevole del delitto di *espilata eredità*. L' Editto del Pretore permetteva che si nominasse un curatore all' eredità giacente soltanto quando rimaneva lungamente tale (fr. 23, § 2, 4, *Dig. de hered instit.*, XXVIII, 5; fr. 6, § 2; fr. 8; fr. 9 *pr.*, *Dig. quib. ex caus. in poss. eat.*, XLII, 4; fr. 9, § 5, *Dig. de reb. auct. jud.*, XLII, 5; fr. 1, § 1, 2, *Dig. de cur. bon. dando*, XLII, 7), ma in seguito fu rilasciato al prudente arbitrio del magistrato il nominarlo in tutti i casi nei quali lo credesse conveniente (fr. 3, *Dig. de cur. fur.*, XXVII, 10; fr. 1, § 4, *Dig. de muner.*, L, 4, vedi vol. I, lib. I, § 268, nº. 4). La finzione legale, che l' eredità giacente rappresenti il defunto, cessa appena l' erede adisce l' eredità; ed allora viene trattato come se l' avesse accettata il giorno della morte del defunto, (fr. 54, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2; fr. 138 *pr.*; fr. 193, *Dig. de reg. juris.*, L, 17; fr. 24, *Dig. de novat.*, XLVI, 2).

CAPITOLO II.

EFFETTI DELL' ACQUISTO DELL' EREDITÀ.

§ 752. In conseguenza dell' acquisto, la persona cui il testamento o la legge deferirono l' eredità, diviene erede; come tale, relativamente ai beni lasciati dal defunto, lo rappresenta, è considerato quale una sola persona con lui (fr. 37, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2; fr. 59, *Dig. de reg. jur.*, L, 17, *Nov.* 48 *pr.*). Ciò accade dal giorno in cui venne a morire chi lasciò una eredità, essendochè l' acquisto in qualunque tempo avvenga, è retrotratto a quel giorno: *heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte, successisse defuncto intelligitur* (fr. 54, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2). Se più sono gli eredi, ognuno rappresenta il defunto *pro rata*, in proporzione cioè della sua quota ereditaria. Siffatta rappresentazione del defunto, per la quale l' erede od i coeredi si considerano giuridicamente come una sola persona seco lui, spiega le relazioni che gli eredi contraggono acquistando l' eredità, con i beni che la compongono,

coi terzi, e finalmente fra loro. Di cotali relazioni è prezzo dell'opera trattare separatamente.

I. RELAZIONI DELL'EREDE CON I BENI EREDITARI.

§ 753. L'erede acquista la proprietà di tutte le cose ereditarie, è investito dei diritti patrimoniali del defunto (fr. 37, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2); ma non già dei suoi diritti personali, nè di quei diritti patrimoniali la cui durata fu ristretta alla vita di costui (vedi sopra § 580, 581).

Il possesso delle cose ereditarie, non passa nell'erede in un con la proprietà; egli ha diritto di acquistarlo, ma per acquistarlo deve compiere gli atti necessari a far nascere quella relazione di fatto (fr. 1, § 15, *Dig. si is qui testam.*, XLVII, 4; fr. 23 *pr.*; fr. 30, § 5, *de acq. poss.*, XLI, 2).

§ 754. L'erede succedendo in tutti i diritti patrimoniali del defunto, succederebbe ancora in quelli che il defunto potesse avere contro di lui erede, ma siccome egli ed il defunto sono tenuti quanto ai beni per una persona sola, così nasce confusione fra il patrimonio dell'uno ed il patrimonio dell'altro, attalchè tutte le relazioni giuridiche esistenti per l'innanzi fra loro, e che presupponevano essenzialmente due persone e due patrimoni distinti, come le *obligationes* o gli *jura in re aliena,* si estinguono *ipso jure,* tanto a vantaggio quanto a detrimento dell'erede (fr. 75; fr. 95, § 2, *Dig. de solut.*, XLVI, 3; fr. 2, § 18, 19; fr. 20, *de hered. vend.*, XVIII, 4; fr. 9; fr. 10, *Dig. comm. præd.,* VIII, 4; fr. 1, *Dig. quemad. servit. amitt.,* VIII, 6; fr. 24, *Dig. de pign. act.,* XIII, 7. Vedi sopra, § 560). Se più sono gli eredi, naturalmente la confusione si verifica per ciascheduno di essi soltanto *pro rata.*

§ 755. L'erede come proprietario della eredità, ha diritto di *alienarla,* e di *trasmetterla* ai propri eredi. L'alienazione e la trasmissione della eredità meritano speciali considerazioni.

A) *Alienazione dell' eredità.*

(*Dig.,* lib. XVIII, tit. 4, *de hereditate vel actione vendita, Cod.,* lib., IV, tit. 39, *eod.*)

§ 756. Come lice all'erede alienare le cose singole ereditarie, così l'*heres solus* ha facoltà di alienare l'intiera eredità, e

l' *heres pro parte* la sua parte ereditaria. L' alienazione dell' eredità ordinariamente avviene quando la medesima è stata adita, ma talvolta si verifica ancora dopo che fu deferita, e perfino prima della delazione.

a) Se alcuno aliena una eredità già aperta, ma non ancora deferitagli, pel caso che deferita gli sia, è da osservare se quella alienazione fu conclusa come una *emtio spei*, o come una *emtio rei speratæ;* nel primo caso la vendita è pura e semplice, ed ha sempre efficacia; nel secondo è condizionale, ed ha efficacia soltanto al verificarsi della condizione, cioè quando l' eredità è effettivamente delata al venditore (fr. 10, 11, 13, *Dig. de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4). Lo stesso si dica se non fu alienata una determinata eredità, ma invece in termini generali fu convenuto di alienare una qualunque eredità che possa in seguito venire deferita a chi aliena (fr. 3, § 2, *Dig. pro socio*, XVII, 2). Ciò non pertanto è qui da ricordare, che non sarebbe valida l' anticipata alienazione dell' eredità di una persona vivente, cui l' alienante avesse speranza di succedere, se non nel caso in cui la persona della cui eredità si tratta, consentisse all' alienazione e non revocasse mai il suo consenso (vedi sopra, § 589).

b) L' alienazione di una eredità non ancora adita, sebbene già deferita, si parifica all' alienazione di una eredità deferita ed accettata: perchè chi aliena una eredità deferitagli, comunque prima di adirla espressamente, fa un atto che vuolsi considerare come una *pro herede gestio*, e quindi come una adizione tacita o implicita (*Instit.* § 7, *de her. qual.*, II, 19; fr. 2, § 18, *Dig. de hered. vend.*, XVIII, 4).

§ 757. Il compratore dell' eredità acquista diritto ad avere tutto quanto apparteneva all' eredità nel momento della vendita, o che in seguito accedè alla medesima (fr. 2, § 1, 3, 4, *Dig. de hered. vend.*, XVIII, 4); il venditore deve dunque consegnargli le cose ereditarie, cedergli i crediti e le azioni (fr. 14, § 1, *Dig. eod. cost.* 4 e 6, *Cod. eod.*, fr. 2, § 3 e 8, *Dig. eod.*), ma anche senza cessione di azioni, può il compratore convenire i debitori ereditari, intentando come *utili* le azioni tutte, che competono all' erede (fr. 16 *pr.*, *Dig. de pactis*, II, 14; fr. 54 *pr.*, *Dig. de hered. petit.*, V, 3, *cost.* 5, *Cod. de hered. vend.*, IV, 39). Il venditore può per altro ritenere il guadagno che accidentalmente abbia fatto per occasione dell' eredità, come l' *indebitum* pagatogli, o una pena

privata conseguita per le ingiurie patite (fr. 2, § 7; fr. 21, *in f. Dig. de hered. vend.,* XVIII, 4). Egli non è tenuto alla evizione pei singoli oggetti ereditari, sibbene per la intiera eredità (fr. 1; fr. 7, 12; fr. 14, § 1; fr. 15, *Dig. eod.,* XVIII, 4, *cost.* 1, *Cod. de evict.*, VIII, 45).[1] Non è tenuto nemmeno a garantire che l'eredità sarà vantaggiosa pel compratore, quando non gli abbia assicurato che avrà un determinato valore (fr. 8; fr. 15, *Dig. h. t.,* XVIII, 4). Qualora con l'adizione dell'eredità fossero stati estinti dei diritti o delle obbligazioni che esistevano fra il defunto e il suo erede, questi rivivono per la vendita che dell'eredità eseguisce l'erede (fr. 2, § 18, 20; fr. 20, *Dig. h. t.;* fr. 9, *Dig. comm. præd.,* VIII, 4; fr. 45, *Dig. de cond. indeb.,* XII, 6). Il compratore del-

[1] Il Codice nostro nell'articolo 1545 prendendo a regolare la vendita di un'eredità, considera la vendita del diritto ereditario che il venditore dà come *certo*. Da questa vendita bisogna distinguere la vendita del diritto ereditario non dato come certo, bensì come eventuale, ossia la vendita delle ragioni che *per avventura potessero competere al venditore sull'eredità*. Mentre nel primo caso il venditore è tenuto a garantire la propria qualità di erede, non è tenuto a questa garanzia nel secondo caso.

L'articolo 1545 comincia con queste parole: « Quegli che vende una eredità *senza specificarne gli oggetti* non è tenuto a garantire che la propria *qualità di erede* ». Bisogna cioè che garantisca di essere *chiamato*, ad una successione, che si è *aperta*, e che egli è *capace* di acquistare. Se avesse specificato gli oggetti dell'eredità sarebbe inoltre tenuto a garantire la loro esistenza.

L'articolo 1545 nel suo capoverso 1° aggiunge. « Se egli (il venditore cioè, dell'eredità) aveva già rivolto a proprio profitto i frutti di qualche fondo, o riscosso qualche credito appartenente a tale eredità, o venduti alcuni effetti della medesima, è tenuto a rimborsarne il compratore, qualora non li abbia espressamente riservati nella vendita ». E concorda col diritto Romano nel fr. 2. § 3 e 5, *Dig. de hered. vel act. vend.*

L'articolo (1545) termina col dichiarare che « il compratore deve dal canto suo rimborsare il venditore di quanto questi ha pagato pei pesi dell'eredità e tenergli conto di quanto gli fosse *dovuto sulla medesima*, qualora non vi sia stipulazione in contrario ». Con le quali disposizioni concordano i fr. 2, § 9, 11, 16, 17, 18, 19, *Dig. de hered. vel act. vend.*, fr. 10, *Dig de regulis juris*, e fr. 9, *Dig. comm. præd.* Cessano dunque per l'erede venditore dell'eredità gli effetti della *confusione* che con l'accettazione dell'eredità si era verificata. Ritornano dunque per lui in vita sì i debiti che per avventura aveva verso la eredità, come i crediti, non che le servitù che per confusione si fossero estinti.

Ricordiamo che la vendita o la cessione che taluno faccia dei propri diritti di successione ad un estraneo, od a tutti i suoi coeredi, o ad alcuni di essi, induce dal canto del venditore o cedente accettazione dell'eredità (art. 936, e 937).

Giova eziandio l'osservare fin d'ora, che se uno dei coeredi vende il suo diritto ereditario all'altro o agli altri *senza frode*, ed a *rischio e pericolo del compratore*, questi non è ammesso ad esercitare l'azione rescissoria (art. 1040) azione di rescissione che, come vedremo, si ammette *in generale* contro qualunque atto il quale sotto qualsiasi titolo abbia per oggetto di fare cessare fra i coeredi la comunione dei beni ereditari (art 1039).

E finalmente rammentiamo che la vendita dei diritti di successione di una *persona vivente* è nulla ancorchè essa vi acconsenta (art. 1460), come nulla è la vendita dei *diritti eventuali* che si potessero avere a tale eredità (art. 954).

l' eredità contrae l'obbligo di sobbarcarsi a tutti gli oneri della medesima, di pagarne i debiti ed i legati, e di rimborsare il venditore di tutte le spese che egli ha fatto per quella (fr. 2, § 9, 11, 17; fr. 18, *Dig. h. t., cost.* 2, *Cod. eod., cost.* 2, *Cod. de legat.*, VI, 37). Era costume che il compratore ed il venditore della eredità si garantissero la esecuzione di queste obbligazioni reciproche, derivanti dalla compra e vendita di una eredità, per mezzo delle *stipulationes emtæ et venditæ hereditatis* (Gajo, II, 252; fr. 50, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).

§ 758. Di fronte ai terzi il venditore dell' eredità non cessa di essere erede (fr. 2, § 18, *Dig. h. t.*; fr. 88, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5; fr. 43, § 3, *Dig. de vulg. et pup. substit.*, XXVIII, 6), laonde questi possono convenirlo perchè paghi i loro crediti verso l' eredità, o i legati loro dovuti (*cost.* 2, *Cod. h. t.*, IV, 39, *cost.* 2, *Cod. de legat.*, VI, 37; fr. 13, § 4, *Dig. de hered. petit.*, V, 3; fr. 28, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5), ed egli può convenire i debitori della eredità; se non che in conseguenza delle sopraccennate *stipulationes emtæ et venditæ hereditatis*, nel primo caso il compratore deve rimborsarlo, e nel secondo egli deve rimettere al compratore ciò che ritirò.

§ 759. In antico una eredità *già acquistata* poteva alienarsi, soltanto mediante la *in jure cessio*. Tale alienazione fatta con la *in jure cessio* aveva effetti speciali. L'erede cedente non cessava in questo caso di essere tale, nè il cessionario diveniva erede; quest'ultimo acquistava soltanto la proprietà delle cose corporali che esistevano nell' eredità (*corpora hereditaria*) senza bisogno di speciale cessione; il cedente come erede rimaneva egli è vero obbligato verso i creditori dell'eredità, ma i debitori della medesima erano liberati (*debitores hereditatis lucrum faciunt*). Da questa *in jure cessio* di un'eredità *già acquistata*, era ben diversa la *in jure cessio* di una eredità *deferita*, ma *non ancora acquistata*. In questa ultima specie di *in jure cessio*, il cessionario acquistava il diritto di accettare l'eredità, come se fosse stata deferita a lui direttamente; si verificava dunque una nuova delazione dell' eredità a favore del cessionario, che con l' adizione diveniva formalmente (*pleno jure*) erede. Questa seconda specie di *in jure cessio* era permessa soltanto ad un *legitimus heres*, non ad un *erede testamentario*, perchè altrimenti per la medesima il testatore avrebbe avuto un erede diverso da quello che si era

prescelto. L'*heres suus*, dovendo per legge essere erede anche contro sua voglia, naturalmente non poteva con l'*in jure cessio*, far passare quella qualità in un altra persona; tuttavolta sappiamo che era questione fra i Sabiniani ed i Proculeiani, se l'*in jure cessio* fatta da un *heres suus*, potesse almeno aver l'effetto della *in jure cessio* eseguita da un erede estraneo e volontario dopo l'adizione (Gajo, II, 34, 37; III, 85, 87; Ulp., XIX, 11, 15).

B) *Trasmissione dell' eredità.*[1]

§ 760. Avvenuta l'adizione, l'erede trasmette alla propria morte ai propri eredi l'eredità adita, perocchè essa sia divenuta parte del suo patrimonio. L'*heres suus* acquistando *ipso jure* l'eredità, la trasmette appena egli è sopravvissuto un istante al defunto, e comunque egli abbia ignorato quell'acquisto (*cost.* 3, *Cod. de jure delib.*, VI, 30, *cost.* 8, *Cod. de suis et legit. hered.*, VI, 55; fr. 7, § 1, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2); trasmissione è questa che oggi chiamano *ex capite suitatis*. L'erede estraneo o volontario, di regola non trasmette ai propri eredi l'eredità, se egli stesso prima di morire non l'adì; giusta il ditterio: *hereditas nondum adita, non transmittitur ad heredes* (*cost.* 7, *Cod. de jure delib.*, VI, 30). Ma questa regola va sottoposta ad alcune eccezioni:

1° Qualora l'erede per l'ignoranza della delazione, o per altre circostanze a lui non imputabili, fosse stato nell'impossibilità di adire l'eredità deferitagli, trasmette ai suoi eredi la facoltà di chiedere la *restitutio in integrum*, e poi quella di adire l'eredità. Oggi si dice che esiste in tal caso *transmissio ex capite restitutionis in integrum* (fr. 86, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2, *cost.* 2, *Cod. de rest. milit.*, II, 51). In seguito di ciò fu ammesso il

[1] Nel sistema del Codice se quegli a cui favore si è aperta una successione, muore senza averla accettata espressamente o tacitamente, trasmette ai suoi eredi il diritto di accettarla (art. 939). Egli trasmette ai propri eredi questo diritto, come qualunque altro diritto che può formare parte di successione ereditaria; ma si avverta che non trasmette nè può trasmettere l'eredità non ancora accettata. Alla sua morte il possesso che egli di diritto aveva acquistato sull'eredità deferitagli e non ancora accettata, passa nei suoi eredi, i quali accettandola si reputano eredi fin dal momento in cui quella successione si è aperta (art. 933). Ricordiamo qui che i discendenti dell' erede o del legatario premorto (*od incapace*) sottentrano nell'eredità e nel legato in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione, se si trattasse di successione intestata (art. 890); cioè la legge ammette a loro favore un diritto di rappresentazione (sebbene si tratti di successione testamentaria) nei casi nei quali sarebbe ammessa la rappresentazione, se si trattasse di successione intestata.

principio, che quando un erede, il quale aveva diritto di chiedere la *bonorum possessio*, fosse morto nel termine conceduto a farne la domanda, i suoi eredi potessero conseguirla presentandosi nel residuo del termine (fr. 4, § 3; fr. 5, *Dig. de bon. poss. c. t.*, XXXVII, 4; fr. 12, *Dig. de Carbon. ed.*, XXXVII, 10).

2° Teodosio II, nell'anno 426, permise al padre di acquistare l'eredità deferita al figlio al di sotto di 7 anni, venuto improvvisamente a morire prima dell'adizione, ancorchè detto figlio all'epoca della delazione fosse divenuto *sui juris* (*cost.* 18, § 1 e 3, *Cod. de jure delib.*, VI, 30). Sebbene questa non sia veramente una trasmissione, perchè il padre non acquista come erede, ma come padre (*patrio jure*) l'eredità devoluta a suo figlio, comunemente fra le trasmissioni è annoverata, sotto il titolo di *transmissio ex capite infantiæ*.

3° Nell'anno 450, Teodosio aggiunse la così detta *transmissio Theodosiana*, disponendo che il discendente istituito erede da un suo ascendente, trasmettesse il diritto di acquistare l'eredità ai propri discendenti, sebbene egli fosse morto prima dell'apertura del testamento, e secondo alcuni scrittori, perfino quando egli fosse premorto al testatore (*cost. un. Cod. de his qui ante apert. tab.*, VI, 52, *cost. un.*, § 2, 3, *Cod. de cad. toll.*, VI, 51).

4° Finalmente Giustiniano stabilì, che l'erede morto durante il termine ottenuto a deliberare, o dentro l'anno dalla morte del testatore, quando non fosse stato conceduto alcun termine, trasmettesse ai propri eredi il diritto di acquistare l'eredità dentro il residuo del termine o dell'anno (*cost.* 19, *Cod. de jure delib.*, VI, 30, *Nov.* 158). Questa trasmissione chiamasi Giustinianea, perchè autorizzata da Giustiniano.

II. *Relazioni dell' erede coi terzi.*[1]

§ 761. L'erede rappresentando il defunto, come succede in tutti i crediti del defunto, così succede in tutti i debiti di lui; per

[1] Per l'articolo 1027 i coeredi contribuiscono tra essi al pagamento dei *debiti* e pesi *ereditari in proporzione delle loro quote ereditarie*, salvo che il testatore abbia altrimenti determinato.

Gli eredi sono tenuti ai debiti e pesi ereditari, *personalmente in proporzione delle loro quote*, ed *ipotecariamente per l'intiero:* salvo il loro regresso contro i coeredi in ragione della parte per cui essi debbono contribuire (art. 1029).

Il coerede che in forza dell'ipoteca abbia pagato un debito comune oltre la sua parte, non ha regresso contro gli altri, fuorchè per quella parte che

conseguenza deve pagarne tutti i creditori, ancorchè il patrimonio lasciatogli non fosse sufficiente a quest' uopo (fr. 8 *pr.*, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2; *cost.* 10, *cost.* 22, § 12 e 14, *Cod. de jure delib.*, VI, 30). È un privilegio del militare il rimanere obbligato a pagare quei debiti, soltanto dentro la misura del valore dei beni ereditari (*cost.* 22 *pr.*, § 15, *de jure delib.*, VI, 30). A cagione del quasi contratto, che deriva dalla *hereditatis aditio* (vedi sopra, § 497), o dalla *pro herede gestio*, l' erede è obbligato a adempire ai legati e fedecommessi, di cui il defunto lo incaricò.

§ 762. L' acquisto di una eredità il passivo della quale superi l' attivo sarebbe pregiudicevole all' erede; per evitare questo pregiudizio vedemmo che gli *heredes necessarii* ebbero il *beneficium separationis*, e gli *heredes sui et necessarii* il *beneficium abstinendi* (vedi sopra, § 736 e seg.); gli eredi estranei o volontari ebbero l' *jus deliberandi* e poi il *beneficium inventarii*. Di questi due mezzi conceduti agli eredi estranei, è necessario trattare con una certa diffusione. [1]

A) *Jus deliberandi.*

(*Dig.*, lib., XXVIII, tit. 8, *de jure deliberandi*, *Cod.* lib., VI, tit. 30, *eodem.*)

§ 763. Nel diritto Antico, l' erede estraneo cui il testatore non aveva imposto un termine per decidersi ad accettare o rifiutare

ciascuno di essi deve personalmente sostenere, quantunque pagando si fosse fatto surrogare nei diritti dei creditori (art. 1030).

Ogni coerede conserva la facoltà di richiedere il pagamento del credito a lui personale, non altrimenti che qualunque altro creditore, detratta la parte che deve sopportare come coerede (art. 1030 in fine).

In caso di insolvenza di un coerede la sua quota di debito ipotecario è repartita in proporzione sopra tutti gli altri (art. 1031).

Ciascun coerede, quando i beni immobili di una eredità sono gravati con ipoteca da una prestazione di rendita redimibile, può esigere che gli immobili ne sieno *affrancati* e *resi liberi*, *prima* che si proceda alla *formazione delle quote ereditarie*; se i coeredi dividono l' eredità *nello stato in cui si trova*, il fondo gravato deve essere stimato colle medesime norme con cui si stimano gli altri beni immobili, detratto dal valore del fondo il capitale corrispondente alla prestazione. Il solo erede, nella cui quota cade questo fondo, è incaricato della prestazione medesima, coll' obbligo di guarentire i coeredi (art. 1028).

Il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, salva però ai creditori l' azione ipotecaria sul fondo legato, e salvo altresì il diritto di separazione; ma il legatario che ha estinto il debito di cui era gravato il fondo, sottentra nelle ragioni del creditore contro gli eredi (1033).

[1] Chi vuole adire una eredità col beneflzio di inventario, deve pel Codice nostro:

1° Fare la dichiarazione di tale sua volontà nella cancelleria della pretura,

l'eredità (*cretio*), aveva facoltà di adirla quando voleva; facoltà che cessava soltanto col decorrere di trenta anni. Ma i creditori, i le-

del mandamento in cui si è aperta la successione, e farla iscrivere nel registro destinato a ricevere gli atti di rinunzia. Il cancelliere *entro un mese* successivo, ha l' obbligo di farla trascrivere all' uffizio delle ipoteche del luogo in cui si è aperta la successione, e farla inserire per estratto nel giornale degli annunzi giudiziari (art. 955).

2° L' erede che si trova *nel possesso reale* dell' eredità deve fare l' inventario *entro tre mesi* dal giorno dell' aperta successione o della notizia della devoluta eredità. Ove entro questo termine lo abbia cominciato, ma non possa compierlo, ricorrendo al pretore del luogo dell' aperta successione, può ottenere una proroga che non ecceda però altri 3 mesi, salvo che si rendesse necessario un termine maggiore per particolari gravi circostanze (art. 959). Ma ove nei *tre mesi* non abbia cominciato l' inventario, o non l' abbia compiuto nel termine medesimo, od in quello prorogatogli, si intende che abbia accettato puramente e semplicemente l' eredità (art. 960). Compiuto l' inventario, l' erede che non abbia ancora dichiarato di non intendere di assumere la qualità di erede, se non col beneficio di inventario, ha un termine di 40 giorni da quello del compimento dell'inventario *per deliberare* sull'accettazione o rinunzia dell' eredità, trascorsi i quali senza che abbia deliberato, si ha per erede puro e semplice (art. 961). Qualora si tratti di erede *che non sia nel possesso reale dell' eredità*, nè siasi di essa *ingerito*, ove sieno promosse contro di lui delle istanze, i termini ora indicati per fare l' inventario e per deliberare, non cominciano a decorrere che dal giorno che sarà fissato dall' autorità giudiziaria (art. 962). Ove poi contro di lui non si propongano istanze, conserva sempre il diritto di fare l' inventario, finchè il tempo per accettare non sia prescritto (art. 962, capov.).

Le forme necessarie a compire l' inventario sono indicate dal Codice di procedura civile (art. 866 a 881.)

3° Se si trovano nell' eredità oggetti che non si possono conservare, o la cui conservazione importa grave dispendio, l' erede può, durante i termini che sopra, farsi autorizzare a venderli nel modo che l' autorità giudiziaria stimerà più conveniente, senza che da ciò si possa indurre che egli abbia accettata l' eredità (art. 965).

L' erede *può valersi* del beneficio dell' inventario nonostante qualunque divieto del legislatore (art. 956).

Se fra più eredi taluno vuole accettare l' eredità col beneficio dell' inventario ed altri senza, l' eredità deve essere accettata col detto beneficio. In questo caso basta che un solo ne faccia dichiarazione (art. 958).

Gli effetti del beneficio in discorso, sono i seguenti:

1° Durante i termini concessi per far l' inventario e per deliberare, colui che è chiamato alla successione, non è tenuto ad assumere la qualità di erede. Egli è però considerato quale *curatore* di *diritto* dell' eredità, e come tale può essere chiamato in giudizio per rappresentarla, e rispondere alle istanze contro la medesima proposte; ed ove non comparisca, l' autorità giudiziaria nomina un *curatore* all' *eredità*, perchè la rappresenti in tal giudizio (art. 964).

2° Compilato l' inventario, l' erede non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati, oltre il valore dei beni a lui pervenuti, e può liberarsi, col cedere tutti i beni dell' eredità ai creditori e legatari (art. 968, capov. 1°).

3° Per l' inventario rimangono separati e non confusi i beni propri dell' erede da quelli dell' eredità, quindi egli conserva contro la medesima il diritto di ottenere pagamento dei suoi crediti (art. 968, capoverso 2°).

4° Non può l' erede essere costretto al pagamento coi beni propri, che dopo essere stato posto in mora a presentare il suo conto, e quando non abbia ancora soddisfatto a questa obbligazione. E dopo la liquidazione del conto, non può essere astretto al pagamento co' suoi beni, che fino a concorrenza delle somme di cui sia debitore (art. 969).

4° L' erede, se gli sono notificate opposizioni per parte di creditori o di altri interessati, paga secondo l' ordine e il modo determinato dall' autorità giudiziaria. Se non vi sono opposizioni, decorso *un mese* dalla trascrizione della

gatari, i sostituiti, ed in generale tutte le persone le quali avevano interesse che egli dichiarasse se voleva essere erede (*an heres sit*), potevano intimarlo a fare quella dichiarazione; ed il Pretore nell' Editto avvisò, che avrebbe accordato all' erede uno spazio di tempo per rispondere a quella intimazione, quando glielo avesse chiesto: *si tempus ad deliberandum petet, dabo* (fr. 1, § 1, *Dig. h. t.*, XXVIII, 8). L' erede intimato dai creditori a dichiararsi, poteva dunque chiedere al Pretore quel termine (fr. 5, *Dig. de interr. in jure*, XI, 1), ed il Pretore non lo accordava mai più breve di 100 giorni (fr. 2, *Dig. h. t.*, XXVIII, 8). Giustiniano in seguito stabilì le regole seguenti:

I. Allorquando esistono degli interessati, che intimano l' erede perchè si decida a adire o repudiare l' eredità, esso deve dichiarare la sua volontà *immediatamente, oppure chiedere un termine a deliberare.* Questo termine se è conceduto dai magistrati è di

sua dichiarazione di accettare l'eredità con beneflzio d'inventario (vedi l'art. 955), ovvero decorso un mese dal compimento dell' inventario quando la sua dichiarazione fu anteriore, paga i creditori ed i legatari a misura che si presentano, salvi però i loro diritti di poziorità (art. 976). I creditori non opponenti che si presentano, dopo esaurito l' asse ereditario nel soddisfacimento degli altri creditori e dei legatari, hanno soltanto regresso contro i legatari; e la loro azione si estingue col *decorso di tre anni*, da computarsi dal giorno dell' ultimo pagamento (art. 977).

Decade dal beneflzio dell' inventario l' erede:

a) Se è colpevole di avere scientemente e con mala fede, omesso di descrivere nell' inventario qualche effetto appartenente all' eredità (art. 967).

b) Se vende i beni immobili dell' eredità, senza l' autorizzazione giudiziale o senza le forme stabilite dal Codice di procedura civile (art. 973).

c) Se vende i beni mobili dell' eredità, senza l' autorizazione giudiziale, o senza osservare le forme stabilite dal Codice di procedura civile, prima che siano decorsi *cinque anni* dalla dichiarazione di accettare col beneflzio dell' inventario; dopo questo termine può vendere i beni mobili senza alcuna formalità (art. 974).

d) I minori, gli interdetti, e gli inabilitati non si intendono decaduti dal beneflzio dell' inventario se non al compimento dell' anno successivo alla loro maggiore età, o alla cessazione dell' interdizione, o dell' inabilitazione, qualora entro tal termine non si sieno conformati alle disposizioni fin qui riferite (art. 963).

L' erede con beneflzio d' inventario ha l' obbligo di amministrare i beni ereditari, e di render conto della sua amministrazione ai creditori ed ai legatari (art. 969). Ma non è obbligato che per le colpe gravi commesse in tale amministrazione (art. 970). Ed i creditori ed i legatari possono fargli assegnare un termine pel rendimento di conti (art. 971). I creditori o altri interessati possono richiedere che dia idonee cautele pel valore dei beni mobili compresi nell' inventario, pei frutti degli immobili, e pel prezzo dei medesimi, che potesse sopravanzare al pagamento dei creditori ipotecari; e quando non le dia, l' autorità giudiziaria provvederà per la sicurezza degli interessati (art. 975). L' erede che ha sostenuto liti senza plausibile fondamento, deve essere condannato in proprio nelle spese (art. 979). Ma le spese dell' apposizione dei sigilli, dello inventario e del conto sono a carico dell' eredità (art. 978). Come pure a carico della medesima sono le spese fatte legittimamente dall' erede fino alla renun-

nove mesi, se dall' imperatore è di un anno (*cost.* 22, § 13, *Cod. h. t.*, VI, 30). In questo tempo gli è lecito ingerirsi negli affari ereditari, senza che siagli attribuibile una *pro herede gestio* (fr. 5 *pr.*, *Dig h. t.*, XXVIII, 8), ma per garantire i creditori contro ogni possibile frode, egli deve redigere un inventario dei beni ereditari (*cit. cost.* 22, § 14, *Cod. h. t.*). Passato il tempo assegnatogli, egli deve dichiarare se accetta o rinunzia alla eredità. Il suo silenzio in antico si interpretava come *repudia* quando chi insisteva per la sua decisione era un erede legittimo od un sostituito, e come *accettazione* quando era un creditore (fr. 69, *Dig. de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2). Ma Giustiniano con la citata sua Costituzione (22, *Cod. h. t.*) ordinò che se il deliberante non fece dichiarazione di accettazione o di repudia, nel tempo accordatogli per deliberare, si ha per accettante. Se fece l' inventario è tenuto verso i creditori per l' intiero, verso i legatari con la detrazione della quarta Falcidia; se non lo fece, è tenuto pel *solidum*, cioè per l' intiero eziandio verso i legatari. Il suo silenzio dunque, in gius Nuovo, si ha per accettazione.

Il *diritto di deliberare* si trasmette agli eredi, in questo senso che essi possono valersene se il tempo *assegnato* al defunto per esercitarlo non era trascorso, o se non trascorse l' anno di tempo durante il quale *per legge* egli ed i suoi eredi possono deliberare (*cost.* 19, *Cod. h. t.* vedi sopra, § 760, nº 4).

II. Ove poi non esistano interessati che intimino l' erede a decidersi per la repudia o l' accettazione, egli ha diritto di differire l' una o l' altra finchè il diritto nascente dalla delazione non sia prescritto, cioè durante 30 anni (*cost.* 8, *Cod. h. t.*; fr. 7, *Dig. de hered. petit.*, V, 3).

B) *Beneficium inventarii.*

§ 764. Il privilegio del quale godeva il militare, di non essere obbligato a pagare i debiti dell' eredità se non che dentro le forze dell' attivo della medesima (*cost.* 22, § 15 *Cod. de jure delib.*,

zia, se egli vi rinunzia prima della scadenza dei termini concessigli o prorogati per compiere l' inventario e deliberare (art. 966).

L' erede a cui è *dovuta la legittima*, quantunque non abbia accettato col benefizio di inventario, può fare ridurre le donazioni ed i legati fatti ai suoi coeredi (art. 972).

VI, 30), fu esteso da Giustiniano a qualunque erede, che nell'adire l'eredità dichiarasse di farlo in conformità di un *inventario* (*cit. cost.* 22, *Nov.* 1, cap. 1, 2).

§ 765. Le leggi stabiliscono i termini nei quali l'inventario deve esser cominciato e condotto a termine, e le forme con le quali deve essere eseguito.

a) L'erede è obbligato a cominciare l'inventario dentro *i* 30 *giorni*, dal momento in cui seppe la delazione dell'eredità, e deve compierlo dentro *i* 60 *giorni*; ma se l'erede dimora lontano dal luogo ove sono i beni ereditari, ha *un anno* di tempo per farlo (*cost.* 22, § 2, *Cod. de jure delib.*, VI, 30).

b) L'inventario deve essere redatto alla presenza di un *tabulario*, e di tutti gli interessati (creditori, legatari, coeredi), o in assenza di questi, alla presenza di tre testimoni (*Nov.* I, cap. 2, § 1).

c) L'inventario ha da essere firmato dal *tabulario* e dall'erede, e se questi non sa scrivere, fa una croce, ed un secondo *tabulario* firma per lui.

d) L'erede è obbligato a giurare, che è esatto l'inventario da lui compilato (*cit. cost.* 22, § 2, *Cod. eod.*). Se egli avesse sottratto qualche oggetto ereditario, ne paga il doppio del valore (*cost.* 22, § 10, *Cod. eod.*).

§ 766. Effetti vantaggiosi del benefizio dell'inventario sono per l'erede, i seguenti:

1° Durante la compilazione dell'inventario, non può essere chiamato in giudizio da chi ha interesse nell'eredità, vale a dire dai creditori, legatari ec. (*cost.* 22, § 11, *Cod. eod.*).

2° Compilato l'inventario, l'erede è tenuto verso i creditori soltanto dentro le forze dell'eredità (*cost.* 22, § 4, *Cod. eod.*). Paga i creditori dando *in solutum* oggetti ereditari, o cedendo crediti dell'eredità: insomma coi mezzi che somministra l'eredità stessa. Li paga di mano in mano che gli si presentano, senza curarsi dei loro diritti di prelazione, conciossiachè questi diritti debbono sperimentarli fra loro, non di fronte all'erede: (*cost.* 22, § 5, 6, *Cod. eod.*). Pria di pagarli, preleva le spese funerarie, quelle dell'apertura del testamento, e della redazione d'inventario (*cost.* 22, § 9, *Cod. eod.*).

3° Per l'inventario, il patrimonio particolare dell'erede rimane separato da quello ereditario; quindi i respettivi crediti e

debiti sussistono; l'erede non ha facoltà di pagare i propri creditori i primi, ma solamente nell'ordine, che è loro assegnato dalla legge in vista della loro indole (*cost.* 22, § 9, *Cod. eod.*).

4° L'erede presta i legati, dopo avere pagato i debiti, e prelevata la quarta parte devolutagli in forza della *lex Falcidia* (*cost.* 22, § 4, *Cod. eod.*). La omissione dell'inventario, o delle sue forme, obbliga l'erede a pagare tutti i debiti ed i legati, e lo priva del diritto di prelevare la quarta Falcidia (*cost.* 22, § 12, 14, *Nov.* 1, cap. 2, § 2).

§ 767. A cagione della confusione dei patrimoni del defunto e dell'erede (conseguenza della adizione dell'eredità), i creditori del defunto divengono creditori anche dell'erede, ed hanno diritto di ottenere pagamento sulla massa di quei due patrimoni riuniti. Ma se il patrimonio particolare dell'erede è così oberato che il passivo superi di gran lunga l'attivo, i creditori del defunto hanno interesse ad impedire che quel patrimonio non sia confuso col patrimonio del defunto. Il Pretore col suo Editto, provvide a tutelare questo interesse dei creditori, introducendo il così detto

Beneficium separationis bonorum.

(*Dig.* lib., XLII, tit. 6, *de separationibus*, *Cod.* lib., VII, tit. 72, *eod.*)

§ 768. Il benefizio della separazione dei beni, faceva rimanere distinti i beni del defunto da quelli dell'erede, affinchè ciascheduno di questi patrimoni fosse affetto separatamente al pagamento dei respettivi debiti. [1] Giovava questo benefizio ai creditori

[1] I creditori dell'eredità ed i legatari possono per l'articolo 1032 del Codice, *domandare* la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede.

Questo diritto spetta ancora a quei creditori o legatari che avessero già un'altra garanzia sui beni del defunto (art. 2054).

La separazione ha per oggetto il soddisfacimento, col patrimonio del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno *domandata*, preferibilmente ai creditori dell'erede (art. 2055). Ecco le sue regole:

1° Tale separazione *non giova* che a coloro che l'hanno *domandata*, e non altera fra di essi riguardo ai beni del defunto, l'originaria condizione giuridica dei titoli respettivi, e i loro diritti di poziorità (art. 2063).

2° Non *hanno diritto* alla separazione in discorso i creditori e i legatari che avessero fatto *novazione* accettando l'erede per debitore (art. 2056).

3° Non può questo diritto alla separazione esercitarsi che nel termine perentorio di *tre mesi* dal giorno dell'aperta successione (art. 2057). Le *ipoteche*

chirografari del defunto, imperocchè essi fossero pel medesimo, preferiti ai creditori dell'erede sebbene ipotecari. Fu conceduto ancora ai legatari, considerandoli quasi come creditori del defunto, affinchè ottenessero prelazione sui creditori dell'erede (fr. 4 e 6, *Dig. h. t.*), sebbene questi legatari avessero poi una ipoteca legale sopra i beni che la persona onerata del legato ha ricevuto dal defunto (vedi vol. I, lib. II, § 209, n° 6). Tale benefizio si concedeva dal Pretore o dal Preside (fr. 1, § 14, *Dig. h. t.*). Giovava solamente a coloro che lo richiedevano (fr. 1, § 16, *Dig. h. t.*), ma questi che lo conseguivano, ottenevano sui beni ereditari, tanto quanto avrebbero ottenuto se tutti coloro, che avevano diritto di impetrare siffatto benefizio, impetrato lo avessero. Qualora il patrimonio del defunto non fosse stato sufficiente a pagare i suoi creditori che avevano chiesto il benefizio della separazione, questi non erano ammessi ad ottenere il restante dei loro crediti sul patrimonio particolare dell'erede: dovendo costoro imputare a sè medesimi, se errando sullo stato del patrimonio dell'erede, ottennero con onta di lui, la separazione del patrimonio suo da quello del defunto (fr. 3, § 1, fr. 5, *Dig. h. t.*). Il benefizio in discorso non si poteva conseguire:

1° Se le cose ereditarie fossero state mescolate coi beni propri dell'erede, in guisa tale che non fossero più separabili (fr. 1, § 12, *Dig. h. t.*).

2° Se l'erede in buona fede avesse alienato l'eredità (fr. 2, *Dig. eod.*).

iscritte sugli immobili dell'eredità a favore di creditori dell'erede, e le *alienazioni* anche trascritte degli *immobili* stessi non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatari, che *ottennero* la separazione in questo *termine di tre mesi* (art. 2062).

4° L'accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario, non dispensa i creditori del defunto e i legatari che intendono valersi del diritto di separazione, dall'osservanza di tutte le regole che abbiamo esposto ed andiamo ad esporre (art. 2058).

5° L'erede può impedire, o fare cessare la separazione, pagando i creditori e i legatari, o dando cauzione pel pagamento di quelli il cui diritto fosse sospeso da condizione o da termini, o fosse contestato (art. 2064).

Il diritto alla separazione riguardo ai mobili *si esercita* col farne la *domanda giudiciale* (art. 2059). Riguardo agli *immobili* si esercita mediante *l'iscrizione* del credito o del legato sopra ciascuno degli immobili stessi presso l'uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono situati (art. 2060). Riguardo ai *mobili già alienati* dall'erede, il diritto alla separazione comprende soltanto il *prezzo* non ancora pagato (art. 2061).

Tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione dei patrimoni regolarmente iscritto sopra gli immobili dell'eredità (art. 2065).

3° Se il creditore avesse novato il suo credito con l'erede, o avesse da lui accettato nuove garanzie (fr. 1, § 10, 11, 15, *Dig. h. t.*).

4° Se fosse trascorso un quinquennio dall'adizione della eredità (fr. 1, § 13, *Dig. h. t.*).

§ 769. Dicemmo sopra (vedi, § 736), che il servo *heres necessarius* era ammesso a chiedere anch' esso la *separatio bonorum*. Aggiungiamo adesso:

1° Che quelli i quali erano divenuti creditori di un figlio di famiglia militare, avevano diritto di ottenere la separazione del suo peculio *militare* dal peculio *pagano*, per essere sodisfatti con quello a preferenza degli altri creditori, che avevano contrattato secolui prima che militasse (fr. 1, § 9, *Dig. h. t.*).

2° Che il figlio di famiglia poteva ottenere la separazione del peculio profettizio dai beni del padre, confiscati (fr. 3, § 4, *in fine Dig. de minor.* 25 *ann.*), e acquistava la proprietà di quel peculio (vedi vol. I, lib. 1, § 135, n° 1).

3° Che il sostituito pupillarmente, nel caso che l'eredità del *paterfamilias* sostituente fosse oberata talmente, da rendergli dannoso o inutile l'accettare quella del pupillo cui fu sostituito, sebbene dovesse accettarle entrambi, poteva ottenere la separazione dei beni del padre da quelli del figlio (fr. 12, *Dig. de vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6; fr. 42, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2).

III. *Relazioni dell' erede con gli altri coeredi.*
A) (*Jus accrescendi*).[1]

(*Dig.*, lib., XXVIII, tit. 5, *de heredibus instituendis*, lib., XXIX, 2, *de acquirenda vel omittenda hereditate. Cod.* lib., VI, tit. 10, *quando non petentium partes, petentibus accrescant,* tit. 51, *de caducis tollendis.*)

§ 770. La legislazione Romana ritenendo l'erede come un *per universitatem successor*, per conseguenza logica stabilì il prin-

[1] Il Codice nostro ammette il *gius accrescendi* fra coeredi e collegatari; ma nel sistema del Codice e per gli uni e per gli altri questo diritto non può giustificarsi se non con la *presunta volontà della persona della cui eredità si tratta.*

Nelle successioni legittime il *gius accrescendi* può avvenire o per *rinunzia* o per *indegnità.*

Dell' *indegnità* nelle successioni legittime qual causa di *gius accrescendi*, il

cipio, che qualora uno dei più coeredi fosse venuto a mancare senza avere acquistata la sua porzione ereditaria, questa porzione

Codice tace, forse perchè essendo ammessi a rappresentare l'indegno i suoi figli e discendenti, (art. 728, 734), è raro il caso che una frazione dell' eredità legittima possa rimanere per tal motivo vacante. Nonostante ove il caso si verificasse, ci sembra che il *gius accrescendi* dovrebbe aver luogo con le regole stabilite dall'articolo 946 per la *renunzia*. Laonde la parte dell'indegno si accrescerebbe ai suoi coeredi; e se fosse solo, la successione si devolverebbe al grado susseguente.

Quanto alla *renunzia* ripeteremo, con le parole dell'articolo 946, che nelle successioni legittime la parte di colui che renunzia si *accresce ai suoi coeredi*, e se è solo, la successione si devolve al grado susseguente. Ciò avviene perchè, come dispone l'art. 947, nessuno succede rappresentando un erede che abbia rinunziato; e non si dà rappresentanza di persona vivente che non sia assente o incapace (art. 734).

Se il rinunziante è il solo erede nel suo grado, o se tutti i coeredi rinunziano, sottentrano i figli per *diritto proprio*, e succedono *in capi* (art. 947, col quale concorda l'art. 734).

E ciò sia detto relativemente al *gius accrescendi* nella eredità legittima.

Il *gius accrescendi*, o diritto di accrescimento nelle eredità testamentarie può aver luogo fra i *coeredi* se alcuno degli eredi istituiti o rinunzia all' eredità, o è incapace, o premuore al testatore (art. 879), bene inteso quando non vi è un sostituito dal testatore, e quando non esistano discendenti dell'erede premorto od incapace, che invochino l'anomala rappresentazione a loro favore creata dall'articolo 890.

Ma pel Codice nostro tale diritto di accrescimento ha luogo soltanto fra quei coeredi che *in uno stesso testamento*, e con una *sola* e *stessa* disposizione sono stati *congiuntamente chiamati*, senza che il testatore abbia fatto fra essi distribuzione di parti (art. 880). E per l'articolo 881 vuolsi intendere fatta distribuzione di parti *soltanto* nel caso in cui il testatore ha espressamente indicato *una quota per ciascuno*; la semplice espressione *per uguali parti*, o *in uguali porzioni*, non esclude il diritto di accrescimento.

I coeredi ai quali in forza del diritto di accrescimento è devoluta la porzione dell'erede mancante, sottentrano nei carichi e negli obblighi ai quali esso sarebbe sottoposto (art. 882).

Ogni qualvolta non ha luogo il diritto di accrescimento, la porzione dell' erede mancante è devoluta agli eredi legittimi del testatore. Questi, pure sottentrano nei carichi e negli oneri a cui era sottoposto l'erede mancante (art. 883).

Tali sono le poche e semplici regole stabilite dal Codice sul *gius accrescendi* fra coeredi testamentari; il quale dunque avviene soltanto fra coloro che sono *conjuncti re et verbis*.

Indichiamo ora le regole del diritto di accrescimento fra legatari:

Ancora fra i legatari può verificarsi, se alcuno dei legatari sia premorto al testatore, o renunzi al legato, o ne sia incapace, o venga a mancare la condizione sotto la quale era chiamato, bene inteso al solito che non esistano discendenti del legatario premorto od incapace, i quali invochino l'anomala rappresentazione a loro favore creata dall'articolo 890 (art. 884).

Affinchè il diritto di accrescimento fra questi legatari abbia luogo, è necessario che *in uno stesso testamento*, e con una *sola e stessa disposizione* siano stati *congiuntamente chiamati* senza che il testatore abbia fatto fra essi distribuzioni di parti: appunto come fra coeredi. Se non che fra legatari ha luogo il *gius accrescendi* in un altro caso ancora, cioè quando *una cosa* sia stata *nello stesso testamento* legata a più persone anche con *separata disposizione* (art. 884).

Fra legatari dunque, il gius accrescendi avviene non soltanto per la *conjunctio re et verbis*, ma ancora per la *conjunctio re tantum*.

Se fra i legatari non ha luogo il diritto di accrescimento, la porzione del mancante rimane a profitto dell' erede o del legatario personalmente gravato della prestazione del legato, e se non vi è erede o legatario personalmente gravato, attalchè gravata ne sia l'eredità, la porzione del mancante rimane a

divenuta vacante, dovesse accrescere *ipso jure* le altre porzioni ereditarie acquistate dagli altri eredi, senza che fosse necessario a tale accrescimento un atto qualunque per parte loro, anzi anche a loro insaputa ed a loro malgrado. Tal diritto di accrescere (*jus accrescendi*) occorre nella legislazione Romana, tanto per riguardo all' *hereditas*, quanto per riguardo alla *bonorum possessio*, (*Instit.*, § 5, *de bon. poss.*, III, 9, *cost. un.*, *Cod. quando non petent.*, VI, 10) così nella eredità legittima, come nella testamentaria. In quest' ultima è eziandio una conseguenza necessaria del rispetto dovuto alla regola: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest:* ed invero senza l' *jus accrescendi* la porzione di quel coerede che manca, anderebbe agli eredi *ab intestato*. Il diritto di accrescere fra coeredi testamentari derivando dalla volontà del testatore, che li istituì insieme, quel diritto deve essere regolato nel suo esercizio dalla presunta volontà del testatore medesimo, la quale si desume dal modo con cui nell' istituirli li congiunse (*cost. un.*, § 10, *Cod. de cad. toll.*, VI, 51).

§ 771. Il diritto di accrescere fra i coeredi (giacchè del diritto di accrescere fra i collegatari, che si fonda su motivi diversi, parleremo trattando dei legati) può definirsi come: il *diritto a quella porzione di eredità, che spettava ad un coerede, il quale non possa o non voglia acquistarla*. Siffatto diritto fra i coeredi essendo una necessità giuridica, non può essere vietato direttamente dal testatore *pagano* (fr. 55, *Dig. de legatis*,

profitto *di tutti gli eredi in proporzione delle loro quote ereditarie* (art. 886). Nel sistema del Codice essendo possibile la delazione dell' eredità parte per legge e parte per testamento, può nascere dubbio se la porzione del legatario mancante rimanga a profitto di *tutti gli eredi sì testamentari che legittimi, in proporzione delle loro quote ereditarie*, oppure soltanto di tutti gli *eredi testamentari*. Noi crediamo che gli eredi testamentari soltanto dovrebbero profittarne, perchè sono gli eredi testamentari soli, quelli a carico dei quali ricade la prestazione del legato, ed è *secundum natura commoda cujusque, rei, eum sequi, quem sequuntur incommoda*. Inclineremmo dunque, a dare alla locuzione generica *tutti gli eredi* di cui si vale l' articolo 886, una interpretazione limitativa, applicando i principii del fr. 10, *Dig. de regulis juris*.

Il collegatario al quale in forza del diritto di accrescimento è devoluta la porzione del mancante, sottentra nei carichi e negli obblighi a cui questi era sottoposto; lo stesso avviene quanto all' erede o legatario a cui favore si rende caduco il legato (art. 887).

Se a più persone è lasciato un usufrutto in modo, che secondo le regole sopra stabilite vi sia fra loro diritto di accrescimento, la porzione del mancante si accresce sempre ai superstiti, anche quando egli manchi dopo l' accettazione del legato. Se non vi è diritto di accrescimento, la porzione del mancante si consolida con la proprietà (art. 885).

XXX), il quale soltanto indirettamente lo potrebbe impedire con una sostituzione;[1] si verifica *ipso jure*, attalchè si acquista dal coerede anche a sua insaputa (fr. 31, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2), ed a suo malgrado (fr. 53, § 1, *Dig. eod.*), e con tutti gli oneri che fanno carico a quella porzione di eredità che accresce (fr. 38, *Dig. eod.; cost. un.*, § 10, *Cod. de caduc. toll.*, VI, 51). Fra più coeredi l'*jus accrescendi* si verifica in proporzione della loro respettiva quota, vale a dire essi si dividono la porzione rimasta vacante, secondo la misura della quota loro propria (*cost. un.*, § 10, *Cod. de cad. toll.*, VI, 51). Quelle persone cui compete per legge una quota determinata di eredità, come p. e. la vedova povera, non possono esercitare il diritto di accrescimento se non che fino al compimento della quota loro dovuta (fr. 6 *pr.*, *Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1).

§ 772. Le condizioni di questo diritto di accrescere sono le seguenti:

1° Fa di mestieri, che per la mancanza di un erede, la sua porzione sia rimasta vacante; laonde se egli avesse trasmesso il suo diritto su quella porzione ai propri eredi, o se esistessero dei sostituiti, il diritto di accrescere non avrebbe luogo, ammenochè si avesse la certezza che costoro non possono, o non vogliono acquistare la quota ereditaria (fr. 2, § 8, *Dig. de bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11; *cost. un.*, § 12, *Cod. de cad. toll.*, VI, 51; *Nov.* 1, *cap.* 1, § 3).

2° È necessario ancora che la porzione vacante non sia stata di già validamente acquistata. Laonde se un coerede estraneo avesse ottenuto la *restitutio in integrum* contro la sua accettazione, o se un *coheres suus* avesse profittato del *beneficium abstinendi* (fr. 61, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2; fr. 55, *Dig. eod.*), o un coerede fosse spogliato della sua quota ereditaria per effetto della clausula privatoria, o della sua negligenza nell'adempimento dei legati; gli altri coeredi *non sarebbero obbligati* ad accettare la porzione ereditaria della quale costui fu spogliato o dalla quale decadde: ma se volessero, *potrebbero* acquistarla. Finalmente, si addimanda che il coerede, il quale vuol profittare dell'*jus accrescendi*, non solo abbia acquistato la propria quota

[1] Nel testamento del militare, il *gius accrescendi* ha luogo solamente quando il testatore lo voglia (fr. 37, *Dig. de test. milit. cost.*, 1, *Cod. eod.*) perchè il militare può morire *pro parte testatus, pro parte intestatus*.

(*cost. un., Cod. quando non pet. part.*, VI, 10; fr. 26, § 1, *Dig. de cond. et demonstr.*, XXXV, 1; fr. 9, *Dig. de suis*, XXXVIII, 16), ma eziandio, che sia rimasto erede (fr. 83, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2; *cost. un.*, § 12, *Cod. de caduc. toll.*, VI, 51).

§ 773. Il diritto di accrescimento ha luogo nell' eredità *ab intestato* quando l' uno dei coeredi, cui la successione fu deferita, viene a mancare. Occorre nel modo seguente:

a) La porzione vacante accresce a favore di quelli che l'avrebbero ottenuta, se il coerede che viene a mancare, non fosse esistito fino da principio; essi se la dividono in proporzione della respettiva loro quota ereditaria (fr. 12 *pr.*, *Dig. de bon. poss. c. t.*, XXXVII, 4).

b) Il diritto di accrescere non altera punto l'ordine della successione, stabilitosi alla morte del defunto.

§ 774. Nell' *eredità testamentaria* regole fondamentali dell'*jus accrescendi,* sono le seguenti:

1° Le porzioni dei coeredi i quali mancano, accrescono le porzioni di quelli che acquistarono effettivamente la eredità (*portio accrescit portioni*).

2° L'accrescimento avviene in modo diverso, a seconda della maniera con cui il testatore li congiunse nello istituirli. I coeredi infatti, possono essere congiunti in tre maniere diverse:

a) Possono essere chiamati alla identica eredità o almeno alla identica cosa, ma in proposizioni diverse; ed allora si dicono per quella identità di cose *re conjuncti,* e per questa diversità di proposizioni *disjuncti;* come se il testatore disse: Tizio sia mio erede, ugualmente sia mio erede Cajo; e finalmente sia del pari mio erede Sempronio.

b) Possono essere chiamati alla identica eredità, o alla identica cosa, ma senza determinazione di quote, e nella stessa proposizione: ed allora si dicono *conjuncti,* oppure *re et verbis conjuncti,* ed anche *mixtim conjuncti,* come se il testatore disse: Tizio, Cajo e Sempronio sieno miei eredi, oppure sieno eredi della mia casa:

c) Possono essere istituiti eredi nelle medesime proposizioni ma in quote determinate; ed allora si dicono *verbis conjuncti* ed anche *re disjuncti*: come se il testatore disse: Tizio, Cajo e Sempronio sieno miei eredi per porzioni uguali, oppure Tizio sia mio erede per $^1/_4$, Cajo per $^1/_4$, Sempronio per $^1/_2$ (*Instit.*, § 8, *de le-*

gatis, II, 20; fr. 63; fr. 66, *Dig. de hered. inst.*, XXVIII, 5; fr. 89, *Dig. de legat.*, III, 32; fr. 142, *Dig. de verb. signif.*, L, 16).

§ 775. Ciò premesso, se i coeredi sono tutti *conjuncti* nello stesso modo, la porzione vacante si accresce a tutti i coeredi *per parti uguali:* ma se sono soltanto *verbis conjuncti,* la porzione vacante si accresce ai coeredi in *proporzione delle loro respettive quote ereditarie.*

§ 776. Qualora i più coeredi sieno istituiti condiverse maniere di congiunzione, se viene a mancare uno dei *mixtim conjuncti,* la sua porzione si accresce soltanto a quelli che sono seco lui congiunti (fr. 63; fr. 66; fr. 20, § 2; fr. 59, § 3, *Dig. de hered. inst.*, XXVIII, 5). Se poi viene a mancare un *disjunctus* o un *verbis conjunctus,* la sua porzione divenuta vacante si accresce a tutti gli altri, ma quelli che per la loro congiunzione in una medesima frase, si debbono considerare come una persona sola, non conseguono tutti insieme che una sola porzione (*cost. un., Cod. de caduc. toll.*).

B) *Communio.*

(*Dig.*, lib. X, tit. 2, *fam. ercisc.; Cod.*, lib. III, tit. 36, *eod.*)

§ 777. Allorquando più coeredi acquistano l'eredità loro deferita, per una regola che rimonta alla legge Decemvirale, i debiti ed i crediti ereditari si dividono *ipso jure* fra loro, in proporzione della respettiva loro quota ereditaria (*pro rata*): *nomine et debita hereditaria ipso jure inter coheredes sunt divisa* (fr. 2, § 5; fr. 4 *pr.*; fr. 25, § 1, *Dig. fam. erscic.*, X, 2); attalchè ogni coerede ha facoltà di escutere i debitori dell'eredità per ottenere pagamento della propria quota proporzionale dei crediti ereditari, e reciprocamente può venire escusso dai creditori dell'eredità, perchè paghi la sua quota proporzionale dei debiti ereditari (*cost.* 6, *Cod. fam. erscic.*, III, 36; *cost* 1, *Cod. de except. et replicat.*, VIII, 36; *cost.* 1, *Cod. si unus ex plurib.*, VIII, 32; *cost.* 26, *Cod. de pactis*, II, 3). È possibile che il testatore abbia nel suo testamento ordinato una determinata divisione dei crediti e debiti ereditari, o che i coeredi stabiliscano per convenzione una speciale divisione; ma quella divisione testamentaria, e questa convenzionale, mentre sono efficaci fra coeredi, non hanno effetto alcuno riguardo ai terzi creditori o debitori dell'eredità (fr. 3 *pr.*, *Dig. de transact.*,

II, 15; fr. 2, § 5; fr. 3; fr. 20, § 3; fr. 25, § 1, 13, *Dig. fam. erscic.*, X, 2; fr. 11, 14, *Dig. de distract. pign.*, XX, 5; fr. 69, § 2, *Dig. de legatis*, XXX).

§ 778. Prescindendo dai crediti e debiti ereditari, l'acquisto dell' eredità, operato da più coeredi, ha per effetto di far nascere fra loro circa ai beni ereditari una comunione, *communio:* comunione che non derivando da convenzione, soggiace alle regole generali proprie del quasi contratto, che ha titolo di *communio incidens* (vedi sopra, § 487, 492). Ogni coerede può instare subito per lo scioglimento, ossia per la divisione di questa comunione[1] (fr. 43, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2), purchè:

[1] L' articolo 984 del nostro Codice decide, che si può *sempre* domandare la divisione dell' eredità, nonostante qualunque *divieto* del testatore. Ciò nondimeno quando tutti gli eredi istituiti, o alcuni di loro, sono minori di età, il testatore *può proibire* la divisione dell' eredità tra i medesimi fino a che sia trascorso *un anno* dalla maggiorità dell' ultimo. L' autorità giudiziaria può tuttavia anche in questo caso *permetterla*, ove gravi ed urgenti circostanze lo richiedano (cit. art. 984).

Può domandarsi la divisione, quand' anche uno dei coeredi avesse goduto separatamente parte dei beni ereditari, salvo che *si provi* che la divisione fu fatta, o che vi ha (in lui) un possesso sufficiente ad indurre la prescrizione, *delle cose godute separatamente* (art. 985.) Qualunque *prova* della fatta divisione sarebbe ammissibile; infatti il Codice parla in *genere di prova*.

Se fra i coeredi non si possa convenire per una divisione amichevole, si osservano le regole seguenti: (art. 986.)

1° Ciascuno dei coeredi può *chiedere in natura* la sua parte di beni mobili ed immobili dell' eredità.

2° Ma se vi fossero creditori che avessero sequestrato i mobili o che vi si opponessero, o se il maggior numero dei coeredi ne giudicasse necessaria la vendita pel pagamento dei debiti e pesi ereditari, i mobili saranno venduti *ai pubblici incanti*. Nello stesso modo saranno venduti gli immobili se non possono comodamente dividersi. Quando le parti sieno tutte in età maggiore e vi consentano, gli incanti possono seguire avanti un notaio eletto di comune accordo, ed anche tra i soli condividenti (art. 987 e 988).

3° I patti e le condizioni della vendita quando non si concordino dai condividenti, si stabiliranno dall' autorità giudiziaria (art. 989).

4° Dopo la stima, e la vendita, se ebbe luogo, dei mobili e degli immobili, l' autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, rimettere le parti o avanti un giudice delegato, o avanti un notaio da esse eletto o nominato d' uffizio, quando esse non si accordino nella scelta. Avanti al giudice delegato o al notaio si procede ai conti che i condividenti si debbono rendere, alla formazione dello stato attivo e passivo dell' eredità, e alla determinazione delle respettive porzioni ereditarie e dei conguagli o rimborsi che si debbono tra loro i condividenti (art. 990.) Ciascuno dei coeredi, conferisce tutto ciò che gli è stato donato, e le somme di cui è debitore (art. 991.) Se la collazione non è fatta in natura, i coeredi ai quali è dovuta, prelevano una porzione uguale sulla massa ereditaria. Questi prelevamenti, per quanto è possibile, si formano con oggetti della stessa natura, qualità e bontà di quelli che non sono stati conferiti in natura (art. 992).

5° Fatti i *prelevamenti*, si procede sopra ciò che rimane in massa, alla formazione di tante parti uguali quanti sono gli eredi o le stirpi condividenti (art. 993.) Nella formazione e composizione delle parti si deve evitare per quanto è possibile di smembrare i fondi e di recare danno colla divisione alla qualità delle coltivazioni, e fare in modo che entri possibilmente in ciascuna

a) abbia facoltà di alienare: essendochè la divisione contenga sempre un'alienazione (fr. 20, § 3, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2), e purchè

quota la medesima quantità di *mobili*, *immobili*, *diritti o crediti* di uguale natura e valore (art. 994.) Si noti per altro che i crediti e i debiti ereditari si dividono di *diritto* fra i coeredi, come per la legislazione Romana (art. 1204 e 1027.) Ma per le parti quella divisione di diritto non è *definitiva ed obbligatoria* e possono, se vogliono, derogarvi (art. 994), mentre è definitiva ed obbligatoria di fronte ai terzi: e l'accordo delle parti non ha effetto relativamente ai terzi (1029).

L'inuguaglianza in natura nelle quote ereditarie si compensa con un equivalente o in rendite o in danaro (art. 995). Le quote si formano da uno dei coeredi o da altra persona, se tutti concordano nella scelta, e se colui che è stato eletto accetta la commissione: in caso contrario si formano da un perito nominato d'uffizio (art. 996.) Ciascun condividente è ammesso a proporre i suoi reclami contro la formazione delle quote (art. 997.) Queste norme per la divisione delle masse da repartirsi si osservano ugualmente nelle divisioni tra le stirpi condividenti (art. 998).

6° Formate le quote, vengono in seguito estratte a sorte. Se però gli eredi non concorrono in parti uguali, l'autorità giudiziaria decide se si debba procedere per *estrazione*, o per *attribuzione* in tutto o in parte (art. 996, capoverso).

7° Compita la divisione, si debbono rimettere a ciascuno dei condividenti i documenti relativi ai beni e diritti loro particolarmente assegnati. I documenti di una proprietà divisa rimangono a quello che ne ha maggior parte, coll'obbligo per altro di comunicarli agli altri condividenti che vi abbiano interesse, ogni qual volta ne venga richiesto. I documenti comuni all'intiera eredità si consegnano alla persona scelta a tale uopo da tutti gli eredi, la quale ha obbligo di comunicarli ai condividenti ad ogni loro domanda. Se vi sia contrasto nella scelta, la persona verrà determinata dall'autorità giudiziaria (art. 999).

Nel rimanente si osservano le norme stabilite nel titolo della comunione. (art. 1000.) Vedi la nota al § 485, ed il Cod. di proced. Civile, art. 882, 895.

Vediamo ora gli effetti della divisione:

a) Ciascun coerede *è reputato solo* ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi, *e si ritiene* che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari (art. 1034). Da ciò rilevasi che la divisione pel Codice è considerata come *dichiarativa* di proprietà, mentre per diritto Romano era *translativa*. (vedi l'art. 679). Nel sistema Romano la divisione si considerava ridursi ad una vendita o ad una permuta, e così si aveva per un atto *attributivo* di proprietà; non distruggeva dunque quei diritti di ipoteca che un creditore avesse acquistato sopra la cosa comune; nelsistema del nostro Codice invece si considera come un atto dichiarativo di proprietà, e perciò i beni toccati ad uno dei coeredi gli pervengono affatto liberi dai debiti ipotecari degli altri.

b) I coeredi si debbono vicendevole garanzia per le sole molestie ed evizioni procedenti da causa *anteriore* alla divisione. La garanzia per altro non ha luogo se la qualità dell'evizione sofferta è stata *eccettuata* con una clausola particolare ed espressa nell'atto di divisione, o se il coerede soffre evizione per propria *colpa* (art. 1035, col quale concorda l'art. 1483).

c) Ciascun coerede è personalmente obbligato *in proporzione della sua quota ereditaria* a tenere indenne il suo coerede della perdita cagionata dalla evizione. E se uno dei coeredi non è solvente, la parte per cui è obbligato deve essere *ugualmente* (cioè *proporzionalmente*) repartita fra la persona guarentita e tutti i coeredi solventi (art. 1036.) La garanzia della solvenza del debitore di una rendita, non dura oltre i *cinque anni* successivi alla divisione (1037.) Ma non vi è luogo a garanzia per la non solvenza del debitore, se questa è sopravvenuta soltanto dopo che venne fatta la divisione (art. 1037, cap.).

Le divisioni già fatte possono *rescindersi* per causa di *violenza* o di *dolo*, o

b) il testatore, non abbia ordinato, od i coeredi non abbiano convenuto, di rimanere in comunione per un *tempo determinato* (fr. 14, § 2, *Dig. com. divid.*, X, 3; *cost.* 5, *Cod. eod.*, III, 37). (vedi sopra, § 489). Ma la divisione essendo un'alienazione necessaria, (ammissibile per conseguenza ancora nei casi in cui è in generale proibito di alienare), sebbene il minore non abbia facoltà di chiedere la divisione, senza un decreto del giudice: non abbisogna di decreto per assistere ad una divisione, intimatagli da un maggiore (fr. 7 *pr.*, *Dig. de reb. eor. qui sub. tut.*, XXVII, 9; *cost. penult.*, *Cod. de præd. et al. reb. min.*, V, 71).

§ 779. La divisione dell'eredità, obietto di comunione, può essere fatta *stragiudicialmente*, o *giudicialmente*.

1° *Stragiudicialmente*, come se: *a*) il testatore la fece da per sè nel testamento suo, *b*) se i coeredi la eseguirono di comune accordo, *c*) se la eseguì un arbitro dietro loro commissione.

per *lesione oltre il quarto*. La semplice omissione di un oggetto dell'eredità non dà luogo all'azione *di rescissione*, ma soltanto ad *un supplemento della divisione* (art. 1038).

L'azione di rescissione (per la lesione) si ammette contro qualunque atto che abbia per *oggetto di far cessare tra i coeredi la comunione* degli effetti ereditari, ancorchè fosse qualificato con titolo di vendita, di permuta, di transazione o in qualunque altra maniera (art. 1039.) Ma dopo la divisione, o dopo l'atto fatto in luogo della medesima, l'azione di rescissione (per la lesione) non è più ammessa contro la *transazione* fatta sopra le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorchè non fosse cominciata alcuna lite sopra tale oggetto (art. 1039, capoverso).

Per conoscere se vi è stata lesione, si fa eseguire la stima degli oggetti secondo il loro stato e valore al tempo della divisione (art. 1041).

L'azione di rescissione non è ammessa:

a) contro la vendita del diritto ereditario fatta *senza frode* ad uno dei coeredi a *suo rischio e pericolo*, dagli altri coeredi o da uno di essi (art. 1040); è questa una vendita aleatoria, in cui non può parlarsi di lesione.

b) dopo che il coerede ha alienato la sua porzione o una parte di essa, sebbene l'azione di rescissione potesse motivarsi sul dolo o sulla violenza; purchè per altro l'alienazione sia seguita dopo che allo alienante fu palese il dolo o cessò la violenza (art. 1043). È quest'alienazione una rinunzia a querelarsi pel dolo o per la violenza.

Quello contro il quale è promossa l'azione di rescissione può troncare il corso alla medesima od impedire una nuova divisione, dando all'attore il supplemento della sua porzione ereditaria in danaro o in natura (art. 1042).

Il Codice mentre considera come cagione di rescissione la *violenza* ed il *dolo*, tace dell'*errore*. (Vedi cit. art. 1038.) Ciò si spiega ove si pensi che se l'errore versò sulla *stima* di alcuni dei beni da dividersi, qualora il pregiudizio che ne è derivato superi il quarto, si potrà agire pel capo della lesione; ed ove non lo superi, per legge deve essere tollerato. Se l'*errore* versò sulla *quota di diritto ereditario* spettante a qualche condividente, la divisione sarebbe nulla. Se *l'errore* versò sopra la *qualità ereditaria* di uno dei condividenti, ammettendo p. e. a dividere chi non era erede, la quota che gli fu attribuita sarà ripetuta e divisa fra i veri eredi con un supplemento della divisione (art. 1038.) Se finalmente per *errore* fu diviso un oggetto che non era ereditario, il condividente cui fu attribuito e che ne rimarrà evitto, avrà ricorso in garanzia contro gli altri. (Vedi MARCADÉ sull'art. 887 del *Cod. Nap.*).

2° *Giudicialmente,* se fu opera del giudice, al quale ricorsero le parti, nell'impotenza di accordarsi fra loro.

§ 780. La divisione stragiudiciale dell'eredità è fatta dal testatore, quando egli assegna a ciascuno dei coeredi istituiti le cose determinate, che egli vuole ognuno di essi abbia per sua porzione. Tal divisione ha da essere religiosamente rispettata, qualora non leda la quarta dovuta per la legge Falcidia a ciascheduno erede sulla quota intellettuale in cui fu istituito, e non leda la legittima, ove l'istituito sia un legittimario del testatore (*cost.* 10, 16, 21, *Cod. fam. ercisc.,* III, 36); ma se il testatore lasciò alcune cose indivise, i coeredi amichevolmente, oppure il giudice, provvedono alla divisione delle medesime (fr. 39, *Dig. fam ercisc.,* X, 2).

§ 781. Possono i coeredi far la divisione dell'eredità per convenzione, e questa divisione non è revocabile se non che per quelle cause, che viziano le altre convenzioni, come, la violenza, il dolo, l'errore (fr. 20 *pr.;* fr. 36; fr. 38; fr. 44, § 2, *Dig. fam. ercisc.,* X, 5; *cost.* 3 e *cost.* 6, *Cod. comm. utr. jud.,* III, 38). Tale divisione amichevole e pacifica, non abbisogna di forme speciali: e per diritto Romano è valida ancora se fu fatta senza scrittura (*cost.* 9, *Cod. de fide instrum.,* IV, 21; *cost.* 4, *Cod. comm. divid.,* III, 37; *cost.* 12, *Cod. fam. ercisc.,* III, 36). Lice alle parti devenire a questa pacifica ed amichevole divisione dell'eredità: ancorchè abbiano in precedenza cominciato un giudizio divisorio (fr. 57, *Dig. fam. ercisc.,* X, 2).

§ 782. Il giudice è chiamato a dividere giudicialmente l'eredità, quando le parti non hanno potuto amichevolmente comporsi in una divisione stragiudiciale. A tale oggetto ogni coerede può sperimentare l'*actio familiæ erciscundæ* (fr. 1, *Dig. fam. ercisc.* X, 2); azione *divisoria* che come le altre di questo stesso genere; è azione *mista,* ed è uno degli *judicia duplicia* (vedi sopra, § 491). Tale azione si intenta dinanzi al Giudice del luogo ove era domiciliato il defunto (*Instit.,* § 20, *de act.,* VI, 6; *cost.* 9, *Cod. fam. ercisc.,* III, 36), è esperibile nel tempo stesso per più eredità comuni fra le stesse persone (fr. 5, § 3, 5, *Dig. fam. ercisc.,* X, 2); e spetta non solamente a qualsivoglia maniera di erede, ma ben anco *utiliter,* a coloro ai quali per altra ragione sia dovuta una quota di eredità: esempigrazia all'arrogato impubere per ottenere la *quarta Divi Pii,* ed al fedecommessario cui deve essere

restituita una parte di eredità ec. (fr. 2, § 1; fr. 24; fr. 40, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2); siffatta azione per altro, di regola non può essere sperimentata più di una volta, essendochè il giudice debba sempre dividere tutta l'eredità, nè lasciare cosa alcuna di comune fra i coeredi (fr. 20, § 4; fr. 25, § 20; fr. 44 *pr.*, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; *cost.* 8, *Cod. eod.*, III, 36); tuttavolta sperimentarla una seconda volta può quel coerede, che non fosse stato presente alla divisione (fr 44, § 2, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2). Non con questa azione *familiæ erciscundæ*, bensì con l'altra *communi dividundo*, si otterrebbe la divisione di quelli oggetti, che fossero sfuggiti al giudizio *familiæ erciscundæ* (fr. 44 *pr.*; fr. 20, § 4, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 31, *Dig. comm. divid.*, X, 3; fr. 34, *Dig. pro socio*, XVII, 2).

§ 783. Obietto di divisione è il patrimonio tutto del defunto, eccettuati i crediti ed i debiti, i quali, come abbiamo detto, sono divisi *ipso jure* fra i coeredi. Prima di procedere alla divisione, è necessario separare dal patrimonio del defunto tutto quanto appartiene ad altri, o che devesi restituire, come le doti della moglie del defunto, o della sua nuora, ma consegnata a lui suocero (fr. 20, § 2; fr. 46; fr. 51 *pr.*, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; *cost.* 2, *Cod. eod.*, III, 36; fr. 1, § 20, *Dig. de collat.*, XXXVII, 6), le cose prelegate agli eredi (fr. 42, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 35 *pr.*, *Dig. de her. instit.*, XXVIII, 5; *cost.* 7, *Cod. eod.*): le cose che appartengono esclusivamente ad un qualche figlio del defunto, o ciò che il padre comprò in nome del figlio (*cost.* 18, *fam. ercisc.*, III, 36); come pure una somma corrispondente ai debiti dal figlio contratti per comando o per utilità del padre, o volti a vantaggio paterno: ma in questo ultimo caso dentro i limiti della versione (fr. 20, 21, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2), e finalmente ciò che il figlio spese per la difesa del padre (fr. 25, § 19, *Dig. eod.*).

§ 784. Non sono obietto di divisione:

a) Le cose per motivi di pubblica utilità poste fuori di commercio, come i veleni, i libri di magia ec.: queste cose debbono essere distrutte (fr. 4, § 1, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2).

b) I monumenti sepolcrali di famiglia (*cost.* 4, *Cod. de relig.*, III, 44).

c) I documenti, i diplomi ereditari, che interessano tutti i coeredi. Questi sono assegnati dal giudice a quello fra loro, che è costituito in maggiore dignità, o al più anziano, oppure a colui

che fu più onorato dal testatore, o che gli altri coeredi elessero per custodire quelle carte. Qualora i coeredi non si ponessero d'accordo nello scegliere nel loro seno la persona che debba custodirle, le leggi Romane prescrivono che quelle carte sieno depositate nei pubblici archivi, i quali, come fu detto altrove, risiedevano nei templi (fr. 4, § 3; fr. 5; fr. 6, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 6, *Dig. de fide instrum.*, XXII, 4).

d) Le servitù perchè sono giuridicamente indivisibili (vedi vol. I, lib. II, § 147, lett. *g*). Ma appartiene a quello dei coeredi, cui fu assegnato un dato fondo, la servitù reale costituita a favore del fondo medesimo. Supposto invece che quel fondo, a cui favore è costituita la servitù, sia diviso fra i più coeredi, ogni coerede può esercitarla per intiero. (fr. 23, § 3; fr. 25, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 4, § 3, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5). Per le cose ereditarie fisicamente od economicamente indivisibili, valgono le regole dichiarate nel trattare dell'*actio communi dividundo* (vedi sopra, § 491, lett. *c*.).[1]

§ 785. La divisione fra i coeredi delle cose ereditarie, si fa nei modi da noi descritti per dividere delle cose comuni, fra i condomini (vedi sopra, § 491, lett. *c*.).

§ 786. Se la divisione delle cose ereditarie è fatta dal giudice, la proprietà delle cose aggiudicate in particolare a ciascun coerede, passa in lui senza bisogno di tradizione (vedi vol. I, lib. II, § 88); ma se la divisione è fatta stragiudicialmente, quella proprietà non passa che mediante la tradizione (*cost.* 15, *Cod. fam. ercisc.*, III, 36).

§ 787. La divisione cagionando sempre delle alienazioni (vedi sopra, § 491), a titolo correspettivo, obbliga per regola i condividenti a garantirsi reciprocamente l'evizione (fr. 25, § 21, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; *cost.* 14, *Cod eod.*, III, 36; *cost.* 1 e 7, *Cod. comm. utr. jud.*, III, 38; fr. 66, § 3, *Dig. de evict.*, XXI, 2). Ma se la divisione fu fatta dal testatore stesso col suo testamento, i suoi figli si prestano reciprocamente l'evizione, non già gli estranei (fr. 77, § 8, *Dig. de legatis*, 2°, XXXI), ammenochè il testatore avesse saputo che la cosa da lui assegnata ad uno dei coeredi era altrui, o ammenochè si potesse provare che in quella

[1] Aggiungeremo qui, che un vestibulo che fosse comune a due palazzi, e indispensabile a entrambi, dovrebbe rimanere indiviso (fr. 19, § 1, *Dig. comm. divid.*, X, 3).

cosa avrebbe istituito un estraneo, eziandio nel caso che avesse saputo essere di altri (*arg. cost.* 10, *Cod. de legat.*, VI, 37).

§ 788. Eseguita la divisione dell' eredità dal giudice, presenti al giudizio tutti i coeredi, il suo decreto diviene irretrattabile, appena è passato in cosa giudicata (*cost.* 2, *Cod. comm. utr. jud.*, III, 38; fr. 36, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 56, *Dig. de re judicata*, XLII, 1; fr. 25, *Dig. de statu hom.*, I, 5; fr. 207, *Dig. de reg. juris*, L, 17). La divisione stragiudiciale, fatta da un arbitro, o dai coeredi stessi per convenzione, può essere attaccata pel dolo, o per l'errore di cui si dimostrasse infetta (fr. 35, *Dig. de pactis*, II, 14, *cost.* 3, *Cod. com. utr. jud.*, III, 38). La divisione fatta dal testatore, può essere attaccata soltanto se lede la legittima (*cost.* 10, 26, *Cod. fam., ercisc.*, III, 36, *Nov.* 22, cap. 48).

C) Collatio. [1]

(*Dig.*, lib. XXXVII, tit. 6, *de collatione*, tit. 7, *de dotis collatione*, *Cod.*, lib. VI, tit. 20, *de collationibus*.)

§ 789. Quando più discendenti vengono a consuccedere alla eredità di un loro comune ascendente, sono l'uno di fronte

[1] La collazione sì pel Codice nostro, come per diritto Romano, fa carico solamente ai *figli o discendenti*, i quali vengano alla *successione insieme con fratelli e sorelle o loro discendenti*. Il figlio o discendente il quale venga alla successione, (*ancorchè con beneficio d' inventario*) insieme coi suoi fratelli e sorelle o loro discendenti, deve conferire ai suoi coeredi tuttociò che ha ricevuto dal defunto *per donazione*, sì *direttamente*, come *indirettamente*, eccettuato il caso che il donante abbia disposto altrimenti (art. 1001). La *collazione* dunque, è dovuta soltanto dal *discendente coerede* al suo *coerede* ugualmente discendente. Essa non è dovuta ad *altri eredi* (che non sieno *discendenti*), nè *ai legatari*, nè ai *creditori ereditari*, salvo che vi sia disposizione contraria del donante o testatore; e salvo il caso che si tratti di un donatario o legatario avente diritto a legittima; il quale domandi la riduzione delle liberalità fatte a favore di un donatario, di un coerede, o di un legatario *anche estraneo*, come eccedenti la porzione disponibile. Costui che chiede tale riduzione deve *imputare* alla sua porzione legittima le donazioni ed i legati fattigli, quando non ne fosse stato espressamente dispensato (art. 1014 e 1026). Egli ha dunque l' obbligo dell' *imputazione* o collazione sebbene concorra con persone che non sono *discendenti coeredi*. L' equità lo esige; egli che vuole ridurre le liberalità dell' ascendente verso altri, allegando che eccedono la quota disponibile; cominci dal conferire le liberalità che ricevè. Ancorchè il figlio o discendente fosse stato *espressamente dispensato* dall' obbligo di conferire, non può ritenere la donazione, se non fino a concorrenza della *quota disponibile*; l' eccedente è soggetto a collazione (art. 1002). Ciò evidentemente è ordinato per tutelare i diritti dei legittimari, i quali altronde vedrebbero menomata la loro porzione legittima.

L' erede che *rinunzia alla successione*, può tuttavia ritenere la donazione, e domandare il legato a lui fatto, fino alla concorrenza della porzione disponibile; ma non può ritenere o conseguire nulla a titolo di *legittima* (art. 1003). Può ritenere la donazione o domandare il legato, perchè la rinunzia alla

all'altro obbligati a conferire, o riportare, alla comune eredità ciò che ognuno di essi ebbe da quell'ascendente durante la sua vita.

qualità di erede, non implica rinunzia a donazioni o a legati, ma non puo ritenere o conseguire nulla a titolo di legittima, perchè non ha voluto essere erede, ha anzi rinunziato alla successione, onde si considera come se non fosse stato mai chiamato all'eredità (art. 945).

Sebbene, come abbiamo detto, i discendenti coeredi debbano conferire ai loro coeredi pure discendenti tuttociò che hanno ricevuto dal defunto sì *direttamente*, come *indirettamente*, l'articolo 1004 dispone che le donazioni fatte al *discendente dell' erede* debbanu sempre considerarsi come fatte colla dispensa della collazione. Il figlio o discendente dell'erede deve per conseguenza, considerarsi in questo caso come una persona interposta adoperata per fare *indirettamente* godere di una liberalità il suo ascendente; e perciò l'ascendente che succede al donante, non deve conferirla.

Del pari si considerano come fatte con la dispensa della collazione le donazioni a favore del *coniuge di un discendente* (art. 1006). Anche in questo caso la legge vieta di obiettare l'interposizione di persona.

Se le donazioni sono state fatte congiuntamente a due coniugi, di cui uno soltanto sia discendente del donante, la sola porzione a questo donata è soggetta a collazione (art. 1006, capoverso); l'altra porzione donata al coniuge non discendente, non si deve intendere donata *per interposta persona* al coniuge discendente.

Il *discendente* che succede *per ragione propria* al donante, non è tenuto a conferire le cose donate al *suo ascendente*, ancorchè ne avesse accettato l'eredità (art. 1005). Non ci è obbligo di collazione in questo caso, perchè il discendente non succede per *diritto di rappresentazione*, attalchè le donazioni fatte all'ascendente suo, non si possono considerare come fatte a lui discendente per l'interposta persona del suo ascendente. Ma se il discendente succede per *diritto di rappresentazione*, deve conferire ciò che fu donato all'ascendente, anche nel caso in cui ne avesse rinunziato la eredità (art. 1005, capoverso). Questa rinunzia infatti, potrebbe altrimenti essere fatta dolosamente per esimersi dalla collazione.

Di regola pel Codice nostro non è sottoposto a collazione tutto ciò che è stato lasciato *per testamento*, salvo il caso di disposizione contraria, e salvo il caso che si tratti di un erede legatario avente diritto ad una porzione legittima, il quale domandi la riduzione delle liberalità fatte a favore di un donatario, di un coerede, o di un legatario anche estraneo, come eccedenti la porzione disponibile; costui che chiede tale riduzione, l'abbiamo detto, deve imputare alla sua porzione legittima ciò che gli è stato lasciato *per testamento*, quando non ne sia stato espressamente dispensato (art. 1008 e 1026). Tale dispensa per altro non ha effetto a danno dei donatari anteriori (art. 1026, capoverso 1°).

Di regola non si conferisce ciò che è stato lasciato per testamento, perchè il Codice considera questi lasciti come un di più, come un vantaggio straordinario di cui il testatore ha voluto gratificare la persona favorita col testamento; ma se questa persona pretende di ridurre la liberalità del testatore verso altri, allegando che il testatore stesso eccedè le quota disponibile, è giusto che essa conferisca anche quello che per testamento le fu lasciato.

Vediamo quali cose non debbono essere conferite e quali lo debbono.

1° Non si debbono conferire le spese di mantenimento, di educazione di istruzione, e le ordinarie per abbigliamenti, nozze, e regali di uso (art. 1009): perchè queste spese non sono vere liberalità dell'ascendente verso i discendenti, ma piuttosto prestazioni consuete, e che egli è in obbligo di eseguire.

2° Parimente non si conferiscono gli utili che l'erede ha potuto conseguire da convenzioni fatte col defunto, purchè queste non contenessero alcun indiretto vantaggio al momento che vennero fatte (art. 1010). Con queste convenzioni, infatti, non ebbesi in animo di alterare la uguaglianza fra i coeredi discendenti, nè si alterò quando furono poste in essere; il perchè non lice investigare più oltre.

3° Non è dovuta collazione alcuna in conseguenza delle società contratte

Questo conferimento dicesi *collazione*. La collazione deve la sua origine all'equità pretoria, che la stabilì riguardo ai figli eman-

senza frode tra il defunto ed alcuni dei suoi eredi, se le condizioni sono state regolate con un atto di data certa (art. 1011) e così con un atto che escluda la possibilità di alterazione di data a danno degli altri coeredi.

L'immobile che è perito per caso fortuito, e senza colpa del donatario, non è soggetto a collazione (art. 1012) perchè appunto essendo perito, non può essere causa di disuguaglianza nella sorte dei coeredi discendenti. Delle cose mobili, perite per caso fortuito, dovrebbe il donatario conferire il valore (articolo 1024). I frutti e gli interessi delle cose soggette a collazione, non sono dovuti che dal giorno in cui si è aperta la successione (art. 1013); è infatti in quel giorno soltanto, che si può parlare di disuguaglianza nel trattamento dei discendenti coeredi; ed è soltanto da quel giorno che si vuol far cessare tale disuguaglianza mediante la collazione.

Sono obietto di collazione pel Codice nostro:

1° Le *donazioni* ricevute dal defunto sì *direttamente che indirettamente* (articolo 1001).

2° È soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso per la dote e il corredo nuziale della discendente, per costituire al discendente il patrimonio ecclesiastico; per procurargli qualche uffizio, o collocamento, o pagarne i debiti (art. 1007). Il Codice considera tutte queste spese quasi fossero donazioni; ed in vero non eravi obbligo rigoroso di farle; non sono come gli alimenti un che di obbligatorio per l'ascendente. Se il dotante avesse pagato la dote al marito, senza le sufficienti cautele, la figlia dotata, è soltanto obbligata a conferire l'azione verso il patrimonio del marito (art. 1007, capoverso). Sarebbe ingiusto farle risentire pregiudizio per una mancanza a lei non imputabile.

3° Deve conferirsi come una donazione presunta quella contemplata dall'articolo 811, quando eccede la quota disponibile. Spieghiamoci. L'articolo 811 prevede il caso che un ascendente alieni ad un legittimario dei beni a capitale perduto, o con riserva di usufrutto; quest'articolo *presume* che tale alienazione sia fittizia, e che il prezzo non sia stato stipulato con l'intenzione di esigerlo; che insomma questa alienazione sia una donazione mascherata. Vuole per conseguenza, che il valore della piena proprietà di tali beni alienati ad un legittimario a capitale perduto o con riserva di usufrutto, sia imputato alla porzione disponibile, e che l'eccedente sia conferito. L'articolo 811 non prescrive la collazione di tutto il valore di questi beni, che presume per cotal guisa donati, perchè desidera rispettata la volontà dell'alienante in quanto non lede i diritti degli altri legittimari; e però si limita a prescrivere la collazione soltanto dell'eccesso di quel valore sulla quota disponibile. Ma pel capoverso dell'articolo 811 medesimo, non può domandare questa imputazione e questa collazione, quello fra i legittimari, che diede il suo assenso all'alienazione. Costui imputi a sè, il pregiudizio che risente.

Ciò premesso, passiamo ad esaminare come la collazione si faccia.

La collazione si fa col *presentare la cosa in natura*, o coll'*imputarne il valore alla propria porzione*, a scelta di chi conferisce (art. 1015).

A) Quando il donatario di *un immobile*, lo ha alienato od ipotecato, la collazione si fa soltanto con la imputazione (art. 1016). Si imputa il valore dell'immobile avuto riguardo al tempo dell'aperta successione (art. 1017). In tutti i casi si deve dare credito al donatario delle *spese colle quali* ha *migliorato la cosa*, (*spese utili*) avuto riguardo al maggior valore di essa al tempo dell'aperta successione (art. 1018).

Debbono ugualmente computarsi a favore del donatario, le *spese necessarie* che ha fatto per la conservazione della cosa, ancorchè non l'abbia migliorata (art. 1019). Il donatario dal suo canto, è obbligato per i guasti ed i deterioramenti, che per suo fatto o per sua colpa e negligenza abbiano diminuito il valore dell'immobile (art. 1020). Nel caso in cui l'immobile sia stato alienato dal donatario, i miglioramenti e deterioramenti fatti dall'acquirente, debbono essere computati a norma dei tre articoli precedenti 1018, 1019, 1020 (art. 1021). Se la donazione fatta ad un discendente successibile con dispensa dalla colla-

cipati. I figli emancipati, (l'abbiamo veduto) per la legge Decemvirale erano esclusi dall'eredità paterna, perchè usciti dalla agnazione, ossia dalla *familia* civile del padre loro; ma il Pretore nel suo Editto, là dove trattava dei figli (*unde liberi*), loro accordò la *bonorum possessio*. Or bene, se essi non avessero conferito tutto quello che avevano acquistato in proprio dopo l'emancipazione, sarebbero stati a migliori condizioni dei loro fratelli rimasti sotto la patria potestà fino alla morte del comune genitore: dappoichè questi loro fratelli durante la patria potestà non acquistavano per sè, bensì pel padre, e quello che acquistavano veniva a far parte dell'eredità paterna: laonde alla morte del comune genitore i figli emancipati avrebbero goduto di una parte degli acquisti fatti dai loro fratelli rimasti sotto la patria potestà, e passati nel patrimonio paterno, senza far godere a questi ultimi parte alcuna degli acquisti fatti da essi emancipati, dopo l'emancipazione. Il Pretore per impedire quest'ingiusta locupletazione dei figli emancipati, a carico dei loro fratelli non emancipati, volle che quei primi conferissero alla massa ereditaria, tutto quello che avessero acquistato posteriormente all'emancipazione, e che avrebbe fatto parte del patrimonio paterno, se non fossero stati emancipati; e con questo intendimento accordò loro la *bonorum possessio*, sotto la condizione che conferissero i beni ora indicati (Ulp., *Reg.*, XXVIII, 4; fr. 1, § 1, 5, 6, 7; fr. 3, § 2, *Dig. de collat. bon.*, XXXVII, 6). Ragione e misura della *collazione*, essendo il desiderio di impedire il pregiudizio degli *heredes sui* (conseguenza del concorso degli *emancipati* al godimento del

zione, è di un immobile, ed eccede di un quarto la quota disponibile, il donatario deve conferire l'immobile in natura; può ritenerlo per intiero se l'eccedenza è *eguale al quarto* o *minore di esso* (art. 1022 e art. 826). Il coerede conferendo un immobile in natura, può ritenerne il possesso sino all'effettivo rimborso delle somme che gli sono dovute per spese e miglioramenti (art. 1023).

B) La *collazione dei mobili*, si fa soltanto per imputazione e sul ragguaglio del valore che avevano al tempo della donazione, giusta la stima annessa all'atto della medesima; ed in mancanza di tale stima, a norma di quella che verrà fatta dai periti (art. 1024), La collazione del danaro donato, si fa col prendere una minor quantità del danaro che si trova nell'eredità. Ove tal danaro non basti, il donatario può esimersi dal conferire altro danaro, cedendo sino alla concorrente quantità, l'equivalente in mobili, ed in mancanza di questi, in immobili ereditari (art. 1025).

Tutto ciò che è esente da collazione, è esente da imputazione (art. 1026, capoverso 2°).

Le regole della collazione sono applicate rigorosamente relativamente ai figli naturali legalmente riconosciuti, perocchè il genitore non possa dispensarli dalla medesima (art. 746).

Relativamente alle speciali imputazioni prescritte al conjuge, vedi l'art. 756.

patrimonio del padre comune), la collazione stessa non aveva luogo quando l'eredità era deferita ai soli emancipati, od a figli dei quali niuno fosse emancipato, o quando si trattava di successione testamentaria (*cost.* 1 e 9, *Cod. de collat.*, VI, 20; fr. 9 e 12, *Dig. eod.*, XXXVII, 6, *cost. ult.*, *Cod. comm. utr.*, III, 38; fr. 35, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2). Tale fu l'origine della collazione, e la sua primitiva applicazione assai limitata. Ma in seguito il principio di equità che l'animava, fu portato alle sue ultime conseguenze: si volle che fosse il più possibile mantenuta l'uguaglianza fra i discendenti che consuccedono nella medesima eredità, ed esclusa l'ingiusta preferenza di uno all'altro; e perciò la collazione fu estesa ancora all'eredità testamentaria, e fu ordinata fra qualunque maniera di figli e discendenti (*cost.* 12, 16, 17, 19, *Cod. h. t.*, VI, 20, *Nov.* 18, cap. 6).

§ 790. In gius Nuovo hanno dunque l'obbligo di conferire i *discendenti*, tanto se succedono *per testamento*, quanto se succedono *ab intestato*, senza distinguere se sieno *sui* o *emancipati*, di primo o di ulterior grado (*cost.* 17, *Cod. h. t.*, VI, 20). Non conferiscono eredi diversi dai discendenti, e perciò nè gli ascendenti, nè i collaterali (tit. 6 e 7, del libro, XXXVII, *Nov.* 97, cap. 6) e molto meno gli eredi estranei. E bene a ragione: non havvi infatti motivo per volere fra loro, quella uguaglianza di condizioni, che giustamente si desidera fra i discendenti. Nel caso che ad un' eredità vengano chiamati degli estranei e dei discendenti, la collazione ha luogo soltanto fra i discendenti, in guisa che gli estranei non ne risentano vantaggio alcuno. Hanno obbligo di conferire tanto i discendenti che vengono alla successione *ex persona propria*, quanto quelli che vi vengono *jure repræsentationis*: e questi ultimi conferiscono così le cose che doveva conferire la persona che rappresentano, come quelle che hanno l'obbligo di conferire *ex persona propria* (vedi Forti nel suo *Trattato delle disposizioni di ultima volontà*, parte III, cap. 1°, sez. IV, *Della collazione*, n. 134 a 137. *Trattati inediti di giurisprudenza*. Viessieux editore, 1854).

§ 791. In gius Nuovo, obietto di collazione sono soltanto:

1° La dote costituita dal padre alle figlie.

2° La donazione *propter nuptias*, finchè fu in uso (fr. 1, *Dig. de dot. collat.*, XXXVII, 7; *cost.* 2, 5, 12, 16, 17, 19, *Cod. h. t.*, VI, 20).

3° Le spese fatte dal padre per comprare al figlio una carica venale, *militia* (*cost.* 30, § 2, *Cod. de inof. test.*, III, 28, *cost.* 20 *pr.*, *Cod. de collat.*, VI, 20).

§ 792. Le leggi escludono dalla collazione: gli alimenti ricevuti dal discendente, il peculio castrense o quasi castrense proveniente dal defunto (fr. 1, § 15, e 16, *Dig. de collat.*, XXXVII, 6), le spese fatte pel riscatto di un figlio dalla schiavitù (*cost.* 7, *Cod. de postlim.*, VIII, 51), e le spese che gli studi di un figlio hanno cagionato al padre: perchè queste in generale si considerano come alimenti, e quindi sono esenti da collazione. Ma quando quelle spese fossero state sproporzionate alle forze ed alla condizione del padre, o superiori a quelle fatte per gli altri figli, volendo decidere se vi sia o no obbligo di conferirle, è da esaminare se il padre tenesse registro delle medesime. Il registro di quelle spese tenuto dal padre, fa presumere che volesse fossero conferite (fr. 50, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2). Le donazioni *inter vivos* pure e semplici, fatte dall' ascendente al discendente, per regola non vanno sottoposte a collazione; tal regola subisce limitazione nel caso che un altro discendente avesse ricevuto una donazione *sub causa* (p. e. *propter nuptias*) o una *dote:* perchè allora dovendosi conferire quella donazione e questa dote, deve andare sottoposta a collazione *anche la donazione inter vivos* (*cost.* 20, § 1, *Cod. h. t.*, VI, 20; *cost.* 18, *pr. Cod. fam. ercisc.*, III, 36). Obietto di collazione non sono i legati, i fedecommessi, le donazioni *mortis causa,* (fr. 1, § 19, *Dig. h. t., cost.* 10, 13, 15, *Cod. eod.*): conciossiachè queste liberalità addimostrino in maniera evidente l' intenzione del testatore di favorire straordinariamente quello dei discendenti cui le elargì. Non si conferiscono i frutti naturali o civili delle cose sottoposte a collazione, giacchè si presuppongono consumati, tranne il caso in cui la persona obbligata a conferire fosse *in mora* (fr. 5, § 1, *Dig. de dot. collat.*, XXXVII, 7).

§ 793. La collazione non ha luogo:

1° Se chi deve conferire si astiene dall' eredità, la repudia, o in generale non diviene erede dell' ascendente (fr. 4; fr. 8; fr. 9, *Dig. de dot. collat.*, XXXVII, 7, *cost.* 25, *Cod. fam. ercisc.*, III, 36; *Nov.* 92, cap. 1).

2° Se la cosa da conferirsi perì per caso.

3° Se il testatore dispensò i suoi discendenti dal conferire; e dispensarneli può purchè non leda la quota legittima dovuta a

qualcheduno fra loro (fr. 39, § 1, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; *Nov.* 18, cap. 6), Vuolsi avvertire, che come l'ascendente può dispensare dalla collazione, così può anche ordinare che essa avvenga per quelle cose, le quali per legge non vi sarebbero sottoposte; ma a condizione che egli le abbia donate senza esservi obbligato per legge: allora tale obbligo di conferire deve essere imposto nel momento della donazione (*cost.* 20, § 1, *in f., Cod. h. t.*, VI, 20).

§ 794. La collazione si eseguisce col riportare in natura alla comune eredità le cose che debbonsi conferire, o col riportarvi oppure con l'imputarvi il loro valore, calcolato riferendosi al momento della morte della persona della cui eredità si tratta (fr. 1, § 11, *Dig. h. t.*) o coll'imputare questo medesimo valore nella quota ereditaria di chi è obbligato alla collazione (fr. 1, § 12, *Dig. h. t., cost.* 5 e 6, *Cod. eod.*).

PARTE V.

Azioni per far valere i diritti di successione ereditaria.[1]

§ 794. Di tali azioni, parte sono *petitorie*, parte *possessorie*.

CAPITOLO I.

Azioni petitorie.

§ 795. Fra le azioni *petitorie*, bisogna distinguere quelle che sono *comuni* all'eredità testamentaria e all'eredità legittima, e quelle che sono *proprie* della sola eredità testamentaria.

Azioni comuni sono: l'*hereditatis petitio* e l'*actio familiæ erciscundæ*.

[1] Il nostro Codice riconosce esso pure che all'erede spetta un'azione tendente a far dichiarare che egli è tale, e ad ottenere che gli venga dato il *possesso reale* dell'eredità o di una parte della medesima con ogni accessorio o pertinenza. Il Codice chiama esso pure detta azione *petizione di eredità* (art. 44).

Di più il Codice stesso accorda un'azione in *riduzione* delle disposizioni testamentarie che eccedono la quota disponibile (art. 821 e seg).

Quest'azione *in riduzione* è intesa in qualche modo ad uno scopo analogo a quello della *querela dell'inofficioso testamento* dei Romani: querela della quale pel Codice nostro non può più parlarsi.

L'azione per ottenere la *divisione dell'eredità*, il Codice nostro l'ammette

A) *Hereditatis petitio.*

(*Dig.*, lib. V, tit. 3, *de hereditatis petitione; Cod.*, lib. III, tit. 31, *eodem.*)

L'*hereditatis petitio* tende a fare dichiarare, che quegli il quale la intenta è erede, e ad ottenere che gli venga dato il possesso, o dell'eredità, o di una parte della medesima, con ogni accessorio e pertinenza (fr. 10, § 1; fr. 18, § 2; fr. 40 *pr.*, *Dig. h. t.*). Quest'azione, *propria* in origine dell'*heres*, che voleva ottenere la vera e propria *hereditas* (*hereditatis petitio civilis*), venne poi accordata ancora al *bonorum possessor* (*hereditatis petitio possessoria;* fr. 1, e 2, *Dig. de poss. hered. petit.*, V, 5), ed eziandio al fedecommessario dopo la restituzione (fr. 1, 3, *Dig. de fideicom. hered. petit.*, V, 6). Tale azione è detta ancora *actio universalis, seu de universitate* (fr. 1, *Dig. de hered. petit.*, V, 3): perchè la questione che con essa si promuove, è sempre se l'*universitas hereditatis* appartenga all'attore, comunque venga l'azion estessa intentata contro un reo convenuto, che ritenga soltanto qualche singolo oggetto ereditario (fr. 10, *Dig. de hered. petit.*, V, 31; fr. 1, § 1, *Dig. si pars her. pet.*, V, 4; fr. 8, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1). Se poi l'attore chiede solamente una parte dell'eredità perchè egli non è un *heres ex asse,* bensì un *heres ex parte,* allora la *hereditatis petitio* prende il nome di *partiaria* (*Dig. si pars hered. pet.*, V, 4). Le si aggiunge l'epiteto di *qualificata,* quando viene esperimentata dall'erede legittimo contro l'erede testamentario, e quando investe nel medesimo tempo la validità del testamento.

§ 796. L'*hereditatis petitio* spettò in origine a qualunque *erede,* legittimo o testamentario (fr. 1; fr. 3, *Dig. h. t.*), poi anche al *bonorum possessor,* ed al *fideicommissarius* (vedi il paragrafo antecedente); *utiliter* può essere sperimentata ancora dal compratore

(vedi gli articoli 984 e seg.), ma non le dà nome speciale, come non lo dà all'azione per ottenere la divisione di qualunque comunione (art. 681).

Il Codice poi, sanzionando il principio che il possesso dei beni del defunto passa *di diritto* nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione (art. 925), implicitamente accorda all'erede anche le *azioni possessorie.* E l'articolo 926 esplicitamente dichiara, che se altri, il quale pretenda di aver diritto sopra i beni dell'eredità, ne prenda possesso, gli eredi *si hanno per spogliati di fatto,* e possono esercitare *tutte le azioni* che competono ai *possessori legittimi* (art. 926).

di una eredità (fr. 54 *pr., Dig. eod.*). Chi vuole valersi di questa azione deve provare:

a) La morte della persona, della quale pretende essere erede giusta il principio: *viventis hereditas non datur*.

b) La qualità di erede *testamentario* o *legittimo ex asse* o *ex parte;* e la traslazione del diritto ereditario se l'attore è il compratore dell'eredità.

c) Il possesso dell'eredità o di parte della medesima nel reo convenuto, ove egli lo negasse.

§ 797. L'*hereditatis petitio* è diretta contro chi possiede *pro herede* (cioè contro chi possiede le cose ereditarie con la pretensione di avere diritto di possederle, cioè come erede o *bonorum possessor*) e contro chi possiede *pro possessore,* vale a dire contro chi possiede le cose ereditarie, senza altro titolo che il fatto del possesso, senza poter addurre altra ragione che questa: *possideo quia possideo* (Gajo, IV, 144; fr. 9; fr. 11, 13, *Dig. h. t.,* V, 3). Coloro che posseggono cose ereditarie *pro legato, pro donato,* o per qualunque altro titolo singolare, non violando il diritto ereditario dell'attore, non contestandogli la qualità di erede, non sono passibili dell'*hereditatis petitio:* lo sono della *rei vindicatio,* qualora la cosa da costoro posseduta sia di tale indole da potere essere rivendicata, altrimenti di altre azioni particolari a seconda dei casi (fr. 16, § 6, *Dig. h. t.,* V, 3; *cost.* 2, e 7, *Cod. eod.,* III, 31, *cost.* 4, *Cod. in quib. caus. ces. long. temp. præscript.,* VII, 34). In progresso di tempo l'*hereditatis petitio* potè essere sperimentata contro il *fictus possessor,* cioè contro colui che si espone alla lite spacciandosi qual possessore; *qui liti se obtulit,* (fr. 13; fr. 45, *Dig. h. t.*); e contro chi ha posseduto cose ereditarie, ma dolosamente cessò di possederle, qui *dolo desiit possidere* (fr. 13, § 2, e 14; fr. 25, § 2, 8; fr. 36, § 2, e 3, *Dig. eod. tit.*). L'azione in discorso può sperimentarsi eziandio contro quei possessori che venderono le cose ereditarie, e ne riceverono un prezzo (fr. 16, § 1; fr. 33, 34, 35, *Dig. h. t.*), e finalmente contro il così detto *juris possessor,* nome sotto il quale si intende la persona sulle cose della quale competono dei diritti ereditari, o colui che è debitore di qualche cosa al defunto (fr. 13, § 15; fr. 14; fr. 15; fr. 16 *pr.,* § 1, 2; fr. 19, § 3, *Dig. h. t.*). È poi indifferente che il reo convenuto possegga tutta l'eredità, o una parte benchè piccola della medesima (fr. 4; fr. 9, *in f.*; fr. 10 *pr., Dig. eod.*), bastando che

egli si difenda allegando un titolo, che sia in collisione col diritto ereditario dell'attore (*cost.* 7 e 11, *Cod. de hered. petit.,* III, 31). Quei coeredi, che non volessero riconoscere il diritto ereditario di un loro coerede, potrebbero essere convenuti da costui con la *hereditatis petitio* (fr. 12, § 3, *Dig. eod.*).

§ 798. L'azione in esame è una in *rem actio,* (fr. 25, § 18; fr. 49, *Dig. de hered. petit.,* V, 3; fr. 27, § 3, *Dig. de rei vind.,* VI, 1), obietto della quale è tuttociò che appartiene alla eredità, sia cose corporali sia incorporali (fr. 18, § 2, *Dig. h. t.,* V, 3). Quest' azione ottenne un estensione speciale mediante il senatusconsulto *Giovenziano* dei tempi di Adriano (fr. 20, § 6, 21; fr, 25 *pr.,* § 17, *Dig. h. t.,* V, 3); dappoichè fosse pel medesimo stabilito, che la persona la quale possedè un obietto ereditario, e poi cessò di possederlo *sine dolo,* ove ne avesse ricavato un qualche lucro od un equivalente, dovesse restituire quel lucro o quell'equivalente come se fosse un obietto ereditario; e che tutti i frutti e accessioni, fossero considerati come un aumento della eredità, talchè con l'*hereditatis petitio* potessero esigersi dall'attore qual *causa rei.* In questa guisa la *hereditatis petitio* ebbe un' estensione eccedente quella delle azioni *in rem*, ed ebbe mistura di azione personale (fr. 25, § 18; fr. 28, *Dig. h. t.,* V, 3, *cost.* 7, *Cod. eod.* Vedi sopra la nota al § 734).

§ 799. La persona, che intenta la *hereditatis petitio,* ha per riguardo alle cose che pretende *accessoriamente* (come frutti, interessi, e l'equivalente di ciò che fu smarrito deteriorato ed alienato) diritti diversi, secondo che il reo convenuto fu possessore in buona od in mala fede; ed in vero il possessore di buona fede, di regola è tenuto soltanto nel caso che egli abbia risentito locupletazione, e dentro la misura della locupletazione (fr. 36, § 4, *Dig. h. t.*); il possessore di mala fede è obbligato a dare, tutto quanto l'attore avrebbe potuto lucrare, se egli stesso avesse posseduto (fr. 20, § 6; fr. 25, § 2; fr. 31, § 2, *Dig. eod.*). E specialmente per riguardo ai frutti, il possessore di buona fede è obbligato a restituire i frutti *extantes* da lui percetti, ma i consumati deve restituirli se per la loro consumazione si locupletò, e fino al punto della sua locupletazione (fr. 20, § 6; fr. 23; fr. 30, *Dig. h. t.*). Il possessore di mala fede invece, deve restituire tutti i frutti percetti e percipiendi, (fr. 25, § 4; fr. 40, § 1, *Dig. h. t. Instit.,* § 2, *de off. jud.,* IV, 17).

§ 800. Il reo convenuto può alla sua volta pretendere dall'attore:

a) i crediti che ha verso l'eredità del defunto (*cost.* 12, *Cod. h. t.*, III, 31).

b) tutto quanto pagò ai creditori dell'eredità, o ai legatari (fr. 31 *pr.*, *Dig. h. t.*, *cost.* 5, *Cod. eod.*).

c) può inoltre esigere di essere liberato da tutte le obbligazioni, e da ogni onere cui si sottopose a cagione dell'eredità (fr. 20, § 20; fr. 40, § 3, *Dig. h. t.*) non che

d) il risarcimento delle spese fatte per la medesima causa. Le spese fatte pei frutti, debbono essere rimborsate a qualunque possessore di buona o cattiva fede, ogni qualvolta questi restituisce i frutti (fr. 36, § 5, *Dig. h. t.*; fr. 46, *Dig. de usuris*, XXXII, 1). Le spese fatte intorno alle cose obietto dell'eredità, possono dal possessore di buona fede essere sempre ripetute di qualunque natura sieno, ancorchè il loro vantaggio siasi in seguito dileguato; mentre dal possessore di mala fede non possono ripetersi se non le necessarie: e le utili soltanto quando il vantaggio dalle medesime derivato esista tuttora (fr. 38; fr. 39, *Dig. eod.*).

§ 801. L'*hereditatis petitio* si estingue a tenore della regola generale della prescrizione delle azioni, vale a dire col decorso dei 30 anni (*cost.* 3, *de præscript.* 30 *vel* 40 *ann.*, VII, 39).

B) *Actio familiæ erciscundæ.*

§ 802. Di quest'azione divisoria abbiamo già avuto occasione di parlare due volte (vedi sopra, § 491 e § 782). Aggiungeremo qui, che essa si intenta *dopo* l'adizione dell'eredità, e *fra coloro* che non si contestano la qualità di *eredi:* imperocchè ove tal contestazione esistesse, farebbe di mestieri in precedenza risolverla, sperimentando la *hereditatis petitio.* L'*actio familiæ erciscundæ* può essere intentata finchè dura l'indivisione, e qualunque sia il tempo che dura (fr. 11, § 2, *Dig. com. divid.*, X, 3, *cost.* 5, *Cod. eod.*, III, 37); ed è in questo senso chè si dice di essa, come di tutte le altre azioni divisorie, essere *imprescrittibile:* ma se una divisione di fatto delle cose ereditarie avvenne, ogni possessore di una parte ereditaria ha diritto dopo 30 anni, opponendo la prescrizione, di respingere l'*actio familiæ erciscundæ*, con la quale si volesse obbligarlo a devenire ad una divisione

di diritto (*cost.* 1, § 1, *Cod. de ann. except.*, VII, 40, *cost.* 6, *Cod. fin. reg.*, III, 37).

§ 803. Azioni proprie della sola eredità testamentaria, sono: la *querela nullitatis*, la *querela inofficiosi testamenti*, la *querela inofficiosæ donationis* o *dotis*, l' *actio expletoria*. Di queste avendo altrove trattato sufficientemente, non aggiungeremo parola (vedi sopra, § 684, § 685, § 681).

CAPITOLO II.

Azioni possessorie.

§ 804. Tali sono:

1° *L' interdictum quorum bonorum*, il quale è un interdetto *adipiscendæ possessionis*, che viene invocato da chi ha ottenuto la *bonorum possessio*, contro colui che possiede le cose ereditarie (ma *corporali*) *pro herede o pro possessore*, o contro *qui dolo desiit possidere* (Gajo, III, 34; IV, 144, *Instit.*, *de interd.*, IV, 15; fr. 1 e 2, *Dig. quor. bon.*, XLIII, 2, *cost.* 2, *Cod. eod.*, VIII, 2). Chi si vale dell' interdetto *quorum bonorum*, si fonda soltanto sull' avere ottenuto la *bonorum possessio*, astrazione fatta dalla questione se egli sia o no il più prossimo erede (*cost.* 1, *Cod. quor. bon.*, VIII, 12; Gajo, III, 34); attalchè basta che egli provi la concessione di quella *bonorum possessio*; nè il reo convenuto può respingerlo, opponendo di avere un diritto ereditario poziore (diritto che se realmente gli compete, sarà fatto valere da lui con la *hereditatis petitio*); che anzi detto reo convenuto dovrà provvisoriamente restituire all' attore le cose ereditarie (*cost.* 3, *Cod. quor. bon.*, VIII, 2). Il *bonorum possessor*, che potè provare di essere ancora il più prossimo erede, fu autorizzato in seguito a valersi della *hereditatis petitio*, (in tal caso detta *possessoria*) con la quale si decide definitivamente sul diritto ereditario dell'attore (fr. 1 e 2, *Dig. de poss. hered. petit.*, V, vedi sopra, § 595, e 795). L' erede *civile* trovò vantaggioso l' usare anch' esso dell' interdetto *quorum bonorum* (vedi sopra, § 592 in f.) e potè valersene, ottenuta che avesse la *bonorum possessio* (Gajo, III, 34).[1]

[1] Molto divergenti sono le opinioni dei commentatori odierni del diritto Romano, sull' indole dell' interdetto *quorum bonorum*, e sulle sue relazioni con la *hereditatis petitio*. È poi opinione di molti, che in gius Nuovo quell' interdetto non differisse in cosa alcuna dalla *hereditatis petitio*.

2° L'*interdictum de tabulis exhibendis,* col quale chi vi ha interesse, ottiene la produzione del testamento dal detentore del medesimo, o altrimenti il *quid interest* (*Dig. de tab. exhib.,* XLIII, 5, *Cod. eod.,* VIII, 7).

§ 805. Fra i mezzi possessorii, dei quali è lecito valersi, meritano considerazione i seguenti:

a) La *missio in bona defuncti.* Un Editto di Adriano, nell'interesse del Fisco, che percipeva la prestazione della *vigesima hereditatum* dagli eredi testamentari, ordinò che quando la validità di un testamento per qualsiasi ragione venisse impugnata, gli eredi testamentari potessero ciò nonostante ottenere senza indugio la *missio in possessionem bonorum*: purchè il testamento fosse incensurabile nella forma, fosse stato legalmente aperto, e purchè gli eredi richiedessero l'immissione nel possesso dentro il termine di un anno, e pagassero la *vigesima* nello stesso tempo (Paolo, III, 5, 14, 18, *cost.* 1, 2, 3, *Cod. de Ed. Div. Hadr. toll.,* VI, 33). Giustiniano nell'abolire quello Editto di Adriano, dispose che l'istituito erede in un testamento *scritto,* incensurabile nella forma esterna, ed esente da qualunque vizio apparente, potesse chiedere dal giudice l'immissione in possesso di quelle cose, che appartenevano al testatore nel momento della sua morte, e non legittimamente possedute dai terzi (*cost.* 3, *Cod., loc. cit.,* VI, 33).

b) L'immissione in possesso *ex Edicto Carboniano.* Lo impubere cui viene contrastata la sua legittimità (e per tal ragione il suo diritto di succedere nell'eredità del padre o dell'avo paterno), in forza dell'Editto di un Pretore Carbone, può dentro il termine di un anno dal dì in cui cominciò la lite, chiedere ed ottenere la sospensione della lite fino alla sua pubertà ed il possesso provvisorio dell'eredità, onde perciperne gli alimenti (*Dig. de Carboniano Edicto,* XXXVII, 10, *Cod. eod.,* VI, 17). L'Editto Carboniano era relativo a vero dire all'eredità legittima, ma fu esteso eziandio ai discendenti, per testamento espressamente istituiti eredi, come tali (fr. 3 *pr.,* § 2, *Dig. h. t.*). Il giudice, cui viene chiesta questa provvisoria immissione in possesso, la accorda quando da una sommaria *causæ cognitio* non apparisca evidente quale debba essere la risoluzione della questione definitiva in merito: perocchè se evidente apparisse, dovrebbe immediatamente deciderla (fr. 1, § 9, 11; fr. 2; fr. 3, § 3, 5; fr. 7, § 3, *Dig. eod.*).

c) L'immissione in possesso *quæ ventri datur.* La moglie in-

cinta nel momento della morte del marito, può ottenere a nome del figlio, che ha in seno (*ventris nomine*) il possesso provvisorio dei beni componenti l'eredità del defunto marito, fino al momento del parto, o fino al momento che si provi l'insussistenza della sua gravidanza (*Dig. si ventris nomine mulier in possessione missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*, XXV, 5, *si mulier ventris nomine in possessione, calumniæ causa esse dicetur*, XXV, 6, *de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus*, XXXVII, 9). Se il nascituro è un *heres suus*, la vedova ottiene questa immissione in possesso sempre ed in qualunque circostanza, altrimenti la ottiene nel solo caso che essa sia povera ed abbisogni di venire alimentata (fr. 1, § 2, e 11; fr. 6; fr. 7; fr. 10, *Dig. h. t.*, XXXVII, 9). Un curatore viene nominato ad amministrare quest' eredità, ed a somministrare alla vedova gli alimenti, i quali debbono da lei essere restituiti se dolosamente si fece credere incinta (vedi vol. I, lib. 1, § 12 e § 268, nº 2).

d) L'*immissione in possesso quæ furiosi datur*, della quale trattammo poco sopra (vedi, § 750, nº 6).

PARTE VI.

Dei legati e dei fedecommessi.

§ 806. Fu sempre riconosciuto essere un diritto del testatore, che si nominò un rappresentante circa ai beni, un successore universale, un erede insomma, il diminuire l'eredità, o la successione, disponendo di qualche parte o cosa della medesima a favore di una o più persone determinate, che rivestono per cotal guisa la qualità di successori singolari, che acquistano oggetti speciali dell'eredità del defunto, ma senza che si trasfonda in loro la personalità di lui, senza averne la rappresentanza per riguardo ai beni. L'ordinamento di tali successioni a titolo singolare, presuppone una successione a titolo universale, un'eredità, presuppone un erede; perocchè siffatte successioni sieno diminuzioni, sottrazioni dell'eredità, *delibationes hereditatis*, a carico dell' erede, le quali dunque sarebbero inescogitabili se non esistesse una *hereditas* ed un *heres*. Riconosciuto una volta nel testatore il diritto di ordinare siffatte *delibationes*, fu in seguito riconosciuto il diritto stesso, in chi moriva *ab intestato*: la sola

condizione all'esercizio di quel diritto, essendo l'esistenza di una eredità e di un erede, a cui carico possano quelle *delibationes* venire imposte.

§ 807. Il diritto Romano non ebbe, egli è vero, due forme di successione singolare, l'una di diritto Civile, l'altra di diritto Onorario (come nelle successioni universali furono la *hereditas* e la *bonorum possessio*), ebbe bensì due forme, chè comunque entrambo di diritto Civile, non sursero per altro nel tempo stesso, nè furono animate dai medesimi principii; che anzi l'una di queste, il *legato*, fu più antica e più rigorosa, l'altra, il *fedecommesso*, fu più recente e più libera. Vedremo come il legato ed il fedecommesso, sebbene fossero in origine due istituzioni fra le quali differenze notevolissime intercedevano, a poco a poco si riavvicinarono tanto, che Giustiniano potè parificarle. Noi prima tratteremo del legato, poi del fedecommesso.

CAPITOLO I.

Del legato.

(*Instit.*, lib. II, tit. 20, *de legatis, Dig.*, lib. XXX, XXXI, XXXII, *de legatis et fideicommissis. Cod.*, lib. VI, tit. 43, *communia de legatis et fideicommissis.*)

§ 808. Florentino definì il legato: *delibatio hereditatis, qua testator, ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* (fr. 116, *Dig. de legatis*, XXX). Ulpiano invece, lasciò scritto: *legatum est, quod legis modo, idest imperative testamento relinquitur.* (Ulp., XXIV, 1). Modestino poi, dichiarò: *legatum est donatio, testamento relicta* (fr. 36, *Dig. de legatis*, XXXI), ed i compilatori delle Istituzioni imperiali modificarono leggermente la definizione di Modestino, dicendo: *legatum est donatio quædam, a defuncto relicta* (*Instit.*, § 1, *de legatis*, II, 20). La definizione di Florentino, esatta per i tempi in cui fu data, non lo fu più quando i legati poterono essere ordinati anche per codicillo, ed imposti eziandio all'erede *ab intestato*, ed al legatario; ugualmente antiquata divenne la definizione di Ulpiano, dacchè in gius Nuovo, non sia altrimenti necessario, che i legati vengano ordinati in un testamento, e con formule imperiose. Lo stesso può dirsi della definizione di

Modestino, in quanto accenna al bisogno di un testamento, per ordinare un legato; per giunta, in essa il legato impropriamente è qualificato come una donazione. Di questa improprietà, sebbene in minor grado, sono redarguibili eziandio i compilatori delle Istituzioni imperiali, avendo detto, che il legato è una specie di donazione (*donatio quædam*); ma più che di improprietà, peccarono essi di indeterminazione, perocchè invece di definire, indicarono una analogia, una rassomiglianza dell'ente giuridico da definirsi, con altro già definito. Senza dubbio il legato è una ultronea liberalità, come la donazione, ma non per questo, donazione e legato sono la stessa cosa. Ed invero (per tralasciare altre differenze di minor rilievo) le donazioni possono essere *inter vivos* e *mortis causa*; il legato è sempre *mortis causa*, e non può mai rivestire la forma di convenzione, come talora la riveste la donazione. Miglior partito è dunque definire il legato: *una liberalità a titolo singolare ordinata, in un atto di ultima volontà, liberalità che può essere posta a carico di chiunque acquista qualche cosa appartenente all'eredità dell'ordinatore della liberalità stessa.* (Vedi art. 760.)

§ 809. Nella sua pristina e più ampia accezione, *legare* significò testare, far la legge del proprio patrimonio; in questo senso nella legge decemvirale era detto: *uti legassit ita jus esto* (vedi sopra, § 602). Nell'epoca classica del diritto Romano *legare, legatum*, erano voci adoperate ad esprimere ancora qualunque diritto che prende vita alla morte del testatore, quindi è che il giureconsulto Paolo diceva: *et fideicommissum, et mortis causa donatio, appellatione legati continentur* (fr. 87, *Dig. de legatis*, XXXII). Ma in seguito quelle voci furono adoperate di preferenzanel significato più limitato, da noi indicato nel definire il legato.

§ 810. Il legato (lo abbiamo già accennato per incidenza) in antico andava sottoposto alle regole seguenti:

1° Non poteva essere ordinato, che per testamento, ed a carico di una eredità testamentaria (fr. 116, *Dig. de legatis*, XXX; Ulp., XXIV, 1; fr. 36, *Dig. de legatis*, XXXI).

2° Poteva essere imposto agli eredi testamentari soltanto, non ad un legatario, nè ad un erede *ab intestato* (Gajo, II, 260, 271; Ulp., XXIV, 20).

3° Doveva essere fatto, *post heredis institutionem* (Gajo, II, 229; Ulp., XXIV, 15; Paolo, III, 6, 2, *Instit.*, § 34, *de legatis*, II, 20).

4° Doveva essere ordinato in lingua latina, con parole imperative, e con formule determinate (ULP., XXIV, 1; XXV, 9). Quattro erano le formule, che si adoperavano per ordinare i legati, i quali assumevano per le medesime, nomi differenti, cioè: *a*) *Per vindicationem*, *b*) *Per damnationem*, *c*) *Sinendi modo*, *d*) *Per præceptionem* (GAJO, II, 192; ULP., XXIV, 2).

a) Nel legato *per vindicationem*, la formula esprimeva, che il testatore accordava al legatario la facoltà di rivendicare ciò che gli aveva legato: *do, lego, sumito, capito, habeto* (GAJO, II, 193; ULP., XXIV, 3).

b) Nel legato *per damnationem*, il testatore condannava l'erede a dare al legatario l'obietto del legato: *heres meus damnas esto dare, heredem meum dare jubeo*, *heres dato, facito* (GAJO, II, 201; ULP., XXIV, 4).

c) Nel legato *sinendi modo*, il testatore ingiungeva all'erede, che permettesse al legatario di prendere l'obietto del legato: *heres meus sinito legatarium sumere illam rem, sibique habere* (GAJO, II, 209; ULP., XXIV, 5).

d) Nel legato *per præceptionem*, il testatore ordinava che l'uno dei coeredi, prima di dividere l'eredità, prendesse o prelevasse dalla massa ereditaria comune il legato lasciatogli: *heres meus præcipito*; *præcipuam hanc rem habeto* (GAJO, II, 216; ULPIANO, XXIV, 6). Non tutte le cose indistintamente, potevano essere lasciate con qualunque di queste forme; ed in vero:

a) *Per vindicationem*, potevano essere lasciate soltanto le cose delle quali il testatore aveva il *dominium ex jure quiritium* nell'epoca che fece il testamento, ed in quella della sua morte; ma per le cose *quæ pondere, numero, mensura constant*, bastava che avesse quel dominio nell'epoca della sua morte (GAJO, II, 196; ULP., XXIV, 7).

b) *Per damnationem*, potevano essere legate le cose tutte, anche quelle che non erano nel dominio del testatore, ma che appartenevano ad un altro; non soltanto le presenti, bensì ancora le future; e non unicamente le cose corporali, ma eziandio delle incorporali, come delle prestazioni, dei crediti; in una parola tuttociò che può essere obietto di un'obbligazione (GAJO, II, 202, 203; ULP., XXIV, 8 e 9).

c) *Sinendi modo*, si legavano tanto le cose del testatore, quanto quelle dell'erede, delle quali avessero avuto la proprietà

nel momento della morte (Gajo, II, 210 e 211; Ulp., XXIV, 10). Pel senatusconsulto *Neroniano* fu stabilito, che il legato delle cose non appartenenti, nè al testatore nè all' erede, fatto *sinendi modo*, valesse almeno come fatto *per damnationem* (Gajo, II, 212).

d) *Per præceptionem*, potevano essere legate le cose proprie del testatore, *res hereditariæ*. Se fossero state legate con la formula *per præceptionem cose altrui*, il legato sarebbe stato valido soltanto *ex senatusconsulto Neroniano* (Gajo, II, 220), cioè come un legato *per damnationem*. In un caso, per altro, si poteva legare *per præceptionem* una cosa altrui: e questo era quando il testatore avesse legato in cotal guisa una cosa da lui mancipata ad un suo creditore, con la clausula della *fiducia* per costituirgli un pegno; allora questa cosa doveva essere riscossa dai coeredi pagando il debito del testatore, ed il legatario la prelevava dall' eredità. I legati per *præceptionem*, regolarmente si scrivevano sempre a favore di uno dei coeredi; ed invero *præcipere* vuol dire prendere avanti, a preferenza degli altri eredi, coi quali si deve dividere l' eredità (Gajo, II, 217, 221). Tale almeno era l' opinione dei Sabiniani; ma i Proculeiani consideravano come oziosa la sillaba *præ*, affermando che dovesse leggersi in esso solo la parola *capito:* talchè questa non fosse una specie particolare di legato, bensì un legato per *vindicationem*. Siffatta loro opinione si diceva essere stata confermata da una costituzione di Adriano (Gajo, II, 218, 221). Sabino considerava come nullo il legato *per præceptionem*, fatto a favore di un estraneo; Giuliano e Pomponio, lo dicevano valido, almeno ai termini del senatusconsulto Neroniano (Gajo, II, 217, 218). I Proculeiani lo consideravano sempre come valido, perchè lo ritenevano, lo ripetiamo, come un legato *per vindicationem*. Diversi erano eziandio, gli effetti di queste differenti forme di legati:

a) Se il legato era fatto per *vindicationem*, il legatario acquistava *ipso jure* la proprietà quiritaria della cosa legatagli, ed egli poteva *rivendicarla*. Secondo i Sabiniani, tale acquisto si operava a favore del legatario, dal momento in cui l' eredità era acquistata dallo erede, anche all' insaputa del legatario; secondo i Proculeiani invece, la proprietà della cosa legata non era acquistata dal legatario, se non mercè il concorso della sua volontà; e la loro opinione ai tempi di Gajo prevaleva, perchè confermata da un rescritto di Antonino Pio (Gajo, II, 195).

b) Se il legato era fatto *per damnationem*, fra il legatario e

l'erede nasceva un rapporto obbligatorio; il legatario diveniva creditore dell'erede, ed aveva contro di lui un' *actio in personam ex testamento* per costringerlo a *dare, mancipare, in jure cedere, tradere* ec. (GAJO, II, 204), azione *stricti juris*, nella quale *lis inficiando crescebat in duplum* (GAJO, II, 282; IV, 9). Questa forma di legato essendo la più generale, come quella che era suscettiva di più estesa applicazione, si diceva che il legato fatto per essa, era il legato per antonomasia, *optimum jus legati* (GAJO, II, 197; ULP., XXIV, 11).

c) Se il legato era fatto *sinendi modo*, il legatario acquistava la proprietà della cosa legatagli, soltanto mediante la *traditio*, la *mancipatio*, o la *cessio in jure* che gliene faceva l'erede; ma il legatario poteva obbligare l'erede a trasferirgli così la propietà della cosa, intentando contro di lui l'*actio in personam ex testamento* (GAJO, II, 213). Vi erano per altro alcuni giureconsulti, i quali opinavano, che l'erede non fosse per questo legato obbligato a *mancipare, in jure cedere, tradere*, e che bastasse che egli lasciasse prendere al legatario la cosa, limitandosi cioè ad obbedire alle parole del testatore (GAJO, II, 214).

d) Se il legato era fatto *per præceptionem* secondo i Sabiniani, esso produceva nel legatario il diritto di prelevare la cosa legatagli mediante l'*actio familiæ erciscundæ* (GAJO, II, 219), secondo i Proculeiani aveva l'effetto di un legato *per vindicationem*.

5° Il legato non poteva essere lasciato che alla persona con cui si aveva la *testamentifactio:* chi non poteva essere istituito erede, non poteva ricevere un legato (GAJO, II, 218; ULP., XXV, 7, *Instit;* § 24, *de leg.,* II, 20).

6° Il legato che il testatore voleva revocare (*adimere*), doveva essere revocato con le forme stesse, con le quali era stato imposto; p. e., dovevasi dire: *fundum neque do, neque lego* (ULP., XXIV, 29).

§ 811. Dopo i tempi di Augusto, i legati poterono essere ordinati oltre che in un testamento, eziandio in un codicillo che si connettesse con un testamento anteriore o posteriore (GAJO, II, 270; ULP., XXV, 8), ed ai tempi di Giustiniano, parificati i legati ai *fedecommessi a titolo singolare*, poterono così quelli come questi essere ordinati in un codicillo non confermato, e venire imposti all'erede *ab intestato,* ad un legatario. Dopo Augusto, ammesso che i legati potessero essere ordinati in un codicillo anche

anteriore al testamento, fu modificata la regola: che i legati dovessero essere scritti nel testamento *post heredis institutionem* (regola di cui ricordiamo che si dava per ragione, che la *potestas testamenti, ab heredis institutione incipit,* ULP., XXIV, 15, vedi vol. I, lib. I, § 206 e 207, e sopra in questo vol. II, § 630). I legati, come le altre disposizioni tutte, ai tempi di Giustiniano poterono essere scritti in un luogo qualunque del testamento (*Instit.,* § 34, *de legatis,* II, 20, *cost.* 24, *Cod. de testam.,* VI, 23). Teodosio e Valentiniano permisero di far testamento, e per conseguenza di ordinare legati, anche in greco (*cost.* 21, § 4, *Cod. de testam.,* VI, 23). Pel senatusconsulto Neroniano (dell'anno 64 dell'Era cristiana, 817 di Roma) qualunque legato, sebbene non ordinato coi termini propri delle formule sacramentali, dovè essere interpretato come un legato *per damnationem,* e produrne gli effetti. Costantino, Costanzo, e Costante (nell'anno 339 dell'Era cristiana), tolsero il bisogno di formule solenni nell'ordinare i testamenti, e così tanto per le istituzioni di erede, quanto per i legati (*cost.* 21, *Cod. de legatis,* VI, 37, *cost.* 15, *Cod. de testam.,* VI, 23): il che fu quasi un preludio all'abolizione delle formule in tutti gli atti, ordinata tre anni dopo (*cost.* 1, *Cod. de formulis et impetr. act. sublatis,* II, 58). Finalmente Giustiniano, dando più importanza all'intenzione dei defunti, che alle parole con le quali fosse manifestata, stabilì con una sua Costituzione, che una sola fosse la natura dei legati, e che qualunque fossero le parole adoperate dal testatore nell'ordinarli, ogni legatario potesse esercitare a sua scelta l'azione personale *ex testamento,* o le azioni reali, o l'azione ipotecaria (*Instit.,* § 2, *de legatis,* II, 20, *cost.* 1, *Cod. communia de legatis,* VI, 43).

CAPITOLO II.

DEI FEDECOMMESSI SINGOLARI.[1]

(*Instit.,* lib. II, tit. 24, *de singulis rebus per fideicommissum relictis; Dig.,* lib. XXX, XXXI, XXXII, *de legatis et fideicomissis; Cod.,* lib. VI, tit. 43, *communia de legatis et fideicommissis.*)

§ 812. Fedecommesso, in generale è: una *disposizione di ultima volontà, per la quale si prega la persona cui si lascia*

[1] Il Codice Civile italiano proibisce i fedecommessi (art. 899).

tutta, o parte dell' eredità, o una cosa singola della medesima, di restituire quel tutto, o quella parte, o quella cosa, ad una terza persona designata. Se tutta l'eredità, od una parte aliquota di essa deve essere restituita, il fedecommesso dai giureconsulti Romani chiamasi *fideicommissaria hereditas* (*Instit., tit. de fideicom. hered.,* II, 23), e dai moderni scrittori *fedecommesso universale;* se invece devesi restituire una cosa singola, od una somma determinata, il fedecommesso dai Giureconsulti Romani, chiamasi *fideicommissum singulæ rei,* e dai moderni *fedecommesso singolare, particolare* o *speciale.* Soltanto l' erede può essere incaricato di un fedecommesso universale; chiunque riceve una liberalità dal testatore può essere incaricato di un fedecommesso particolare. Il fedecommesso può essere *espresso* o *tacito. Espresso,* quando la restituzione è commessa con termini espliciti. *Tacito,* quando senza commettere espressamente di restituire, si impone all'erede una qualche omissione od azione, che addimostri dovere egli restituire l' eredità: esempigrazia, se il testatore istituisse alcuno in erede, con l'obbligo di non far testamento; ciò equivarrebbe a commettere a quell' erede di restituire la eredità ai suoi più prossimi congiunti (fr. 69, § 3, *Dig. de legatis,* XXXI; fr. 74 *pr., Dig. ad SC. Trebell.,* XXXVI, 1).

§ 813. L' origine dei fedecommessi, vuolsi ripetere dal desiderio di beneficare certe persone, che non potevano essere istituite eredi (specialmente i peregrini, Gajo, II, 285), o che non avrebbero potuto acquistare, se non che una parte di ciò che fosse stato loro lasciato. Per conseguire l' intento, che con una istituzione diretta non si sarebbe potuto conseguire, si prendeva una via indiretta; la istituzione od il legato, che non avrebbero potuto essere ordinati a favore di un incapace, si ordinavano a favore di una persona capace di acquistarli, ma insieme si pregava quest' ultima, di rimettere a coloro che volevansi in effetto beneficare, tutta o parte dell' eredità o il legato, per cotal guisa più presto affidati che dati. Parimente, chi nel suo testamento non aveva favorito per dimenticanza, una persona ben' affetta, od una persona divenutagli bene affetta dopo il testamento; oppure chi non avendo fatto testamento, e non avendo agio per farlo, voleva tuttavolta beneficare qualcheduno: invece di rifare il testamento, o di farlo, trovava utile e comodo, di rimettere a quella data persona una parte dell' eredità o qualche cosa sin-

gola ereditaria, per mezzo di persona terza, di fiducia. Tali furono i primi fedecommessi: non obbligatorii, perocchè chi li faceva non aveva altra garanzia per l'esecuzione dei medesimi, che nella coscienza e nella fedeltà della persona, cui aveva affidato quella restituzione. Di qui derivò il nome di *fedecommessi*, nome che indica appunto, che la disposizione di ultima volontà era *commessa* alla *fede* altrui (*fidei heredis committebatur*); di qui derivò eziandio il nome di *fedecommittente* in chi faceva quella disposizione, e di *fedecommessario* nella persona a cui favore era fatta. Il disponente si serviva di formule di preghiera, indirizzandosi a coloro alla cui fede commetteva l'esecuzione delle sue volontà, *non civilibus, sed precativis verbis*; ed in vero la legge non astringendo costoro ad eseguire la volontà del defunto, parole di comando non potevano loro essere dirette (Ulp., XXV, 1). Il loro ufficio era tutto di fiducia, onde il nome di *heres fiduciarius* attribuito alla persona, cui il defunto aveva commesso la restituzione. Per vincolare fino ad un certo punto la volontà dei fiduciari, si usò nei primi tempi, di farli giurare per *salutem*, o per *genium principis*, che avrebbero eseguito il fedecommesso (Cic., *in Ver.*, II, 147; Plin., *Epis.* X, 66; fr. 77, § 23, *Dig. de legatis,* XXXI; fr. 13, § 6, *Dig. de jurejurando,* XII, 2). Gli uomini onesti biasimavano e disprezzavano coloro, che violando la fede, non eseguivano il fedecommesso; ed i Pretori a quel biasimo assentivano (Cic., *in Ver., loc. cit.*; e *de finib. bon.,* II, 17, 18); finchè poi Augusto, trascinato dalla pubblica opinione, ordinò ai Consoli di interporre la loro autorità affinchè i fedecommessi venissero rispettati. Questa interposizione di autorità consolare, si trasformò in seguito in una giurisdizione permanente, ed in ultimo fu creato un Pretore speciale rivestito di quella giurisdizione, e perciò detto *Prætor fideicommissarius* (Gajo, II, 274, 275, 278, 285; Ulp., XXV, 7, 12; *Instit.,* § 1, *de fideicom. hered.,* II, 23; fr. 2, § 32, *Dig. de orig. iuris,* I, 2).

§ 814. I fedecommessi *singolari* (dei quali adesso ci limitiamo a trattare), avevano una certa analogia coi legati, essendo alla pari di quelli, delle liberalità a titolo singolare, ordinate *mortis causa*; ma in origine ne differivano per molti rispetti; ed invero:

1° I fedecommessi potevano essere ordinati senza formalità alcuna; bastava alla loro efficacia, che la volontà del disponente potesse venire constatata. Era lecito dunque, farli verbalmente,

con parole qualunque, ed anche per cenni, od in scritto con una lettera diretta all'erede testamentario o legittimo (PAOLO, IV, 1, 4, 5, 6, 11; ULP., XXV, 1, 3, 8; GAJO, II, 270, 273; *Instit*, § 1, *de codicill.*, II, 25; fr. 8 *pr.*; fr. 16, *Dig. de jure codicill.*, XXIX, 7; fr. 21, *Dig. de legatis*, XXXII; *cost.* 22, *Cod. de fidecom.*, VI, 42): mentre i legati, come dicemmo, non potevano essere ordinati che per testamento, o per codicillo, ma confermato nel testamento.

2° Onerato di un fedecommesso, poteva essere chiunque riceveva dal testatore qualche cosa, e per conseguenza non tanto l'erede testamentario o legittimo, quant'ancora un legatario, un fedecommessario (GAJO, II, 271; *Instit. pr.*, § 1, *de sing. reb. per. fideicom. rel.*, II, 24; *cost.* 9, *Cod. de fideicom.*, VI, 42; fr. 1, § 6, *Dig. de legatis*, XXXII), mentre non si poteva imporre legati che all'erede.

3° Il fedecommesso ordinato per testamento, poteva esserlo ancora *ante heredis institutionem* (ULP., XXV, 8).

4° Non soltanto in lingua latina, bensì ancora in lingua greca potevano i fedecommessi essere ordinati, mentre i legati dovevano essere imposti in latino (ULP., XXV, 9). Non con parole determinate ed imperiose, come per i legati, ma con parole qualunque, e di preghiera si ordinavano i fedecommessi: *non civilibus, sed precativis verbis* (ULP., XXV, 1; PAOLO, IV, 1, 5, 6; *Instit.*, § 3, *de sing. reb.*, II, 24). Le parole che ordinariamente si adoperavano erano queste: *peto, rogo, volo, fideicommitto* (GAJO, II, 249), ma si usavano anche le seguenti: *mando, deprecor, cupio, injungo, desidero, impero, volo dari* (PAOLO, IV, 1, 6; ULP., XXV, 2). Secondo Paolo; le sole parole *relinquo et commendo*, non esprimendo l'idea del fedecommesso, non valevano a ordinarlo (PAOLO, IV, 1, 6).

5° I fedecommessi, a differenza dei legati, potevano nei primi tempi, essere ordinati a favore di persone con le quali non avevasi la *testamentifactio:* anzi vedemmo che fu questa la principale ragione per la quale i fedecommessi furono introdotti; quindi i *peregrini*, i *latini juniani*, le donne contro la *lex Voconia*, le *incertæ personæ*, i *postumi alieni*, i *cælibes*, gli *orbi*, poterono essere favoriti mediante un fedecommesso. Ma quando i fedecommessi divennero un'istituzione giuridica, furono introdotte alcune limitazioni alla primitiva libertà assoluta di ordinarli. In-

fatti pel senatusconsulto *Pegasiano,* le disposizioni delle leggi *Julia et Papia Poppea* sui celibi e sugli orbi furono estese ai fedecommessi (GAJO, 286). Un altro senatusconsulto dei tempi di Adriano, dichiarò incapaci di acquistare per fedecommesso i peregrini, i *postumi alieni,* le *incertæ personæ* (GAJO, 285, 287; (ULP., XXV, 13).

6° I fedecommessi venivano revocati senza alcuna formalità, ed anche tacitamente (PAOLO, IV, I, 9).

7° I fedecommessi non trasferivano mai nessun diritto patrimoniale reale; davano soltanto un' azione personale contro il fiduciario (PAOLO, IV, 1, 18); i legati invece se ordinati *per vindicationem,* o *per præceptionem,* attribuivano un diritto patrimoniale reale; e se ordinati per *damnationem* o *sinendi modo*, attribuivano un credito, da farsi valere con azione *personale.*

§ 815. I fedecommessi ed i legati, a poco a poco si avvicinarono in molti punti, e quando la necessità delle formule venne a mancare, si può dire che le differenze che rimasero fra fedecommessi e legati, si riducessero a queste:

a) Che i legati non potevano essere imposti se non se ad un erede testamentario; onde è che si ritenevano come fedecommessi se imposti ad altra persona.

b) Che nei legati non si adoperavano *verba precativa,* come nei fedecommessi.

c) Che i legati erano interpetrati strettamente, i fedecommessi più benignamente (ULP., XXV, 1; *cost.* 16, *Cod, de fideicom.,* VI, 42). Ma Giustiniano tolse ogni differenza fra i legati ed i fedecommessi: *ver omnia exæquata sunt legata fideicommissis* (fr. 1, § 1, *Dig. de legatis,* XXX), attribuì loro uguali effetti giuridici, talchè ne derivò, come dicono i compilatori delle Istituzioni imperiali: « *ut nulla sit inter ea differentia, sed, quod* » *deest legatis hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si* » *quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi na-* » *tura.* » (*Instit.,* § 3, *de legatis,* II, 20; *cost.* 2, *Cod. commun. de leg.,* VI, 43). Nonostante questa parificazione, rimase sempre la differenza: che il servo manomesso per legato, ha per patrono il defunto e la sua famiglia; mentre il servo che deve la manomissione ad un fedecommesso, ha per patrono il fiduciario che lo ha manomesso (Vedi vol. I, lib. 1, § 94, lett. B).

CAPITOLO III.

DEI CODICILLI.[1]

(*Instit.,* lib. II, tit. 25, *de codicillis; Dig.,* lib. XXIX, tit. 7, *de jure codicillorum; Cod.*, lib. VI, tit. 36, *de codicillis.*)

§ 816. Coi fedecommessi hanno intima connessione i codicilli; fedecommesso e codicillo sono, per così dire, due idee correlative: poichè i fedecommessi sono la disposizione, i codicilli, l'atto che la contiene. Di quest' atto di ultima volontà è opportuno trattare adesso con qualche diffusione.

§ 817. Per codicillo si intende: *un atto meno solenne di ultima volontà, col quale si può fare qualunque disposizione a causa di morte, all' infuori della istituzione e sostituzione di un erede diretto, o della diseredazione.* La voce *codicillum* indicava certe tavolette, nelle quali i Romani scrivevano appunti o ricordi, destinati ad essere poi trascritti con miglior cura nei *codices,* nelle *chartæ,* nelle *tabulæ;* queste tavolette erano adoperate eziandio, per scrivere lettere confidenziali agli amici; onde *codicilli* significò ancora lettere, *epistolæ* (Cic., *Epist.,* VI, 12, e VI, 18; Seneca, *Epist.* 55 *in f.;* fr. 41, *Dig. de curat.,* XXVII, 1; *cost.* 1, § 1, *Cod ut omnes judices,* I, 49). L' uso dei codicilli, come atti di ultima volontà, si introdusse appunto sotto forma di lettera, scritta dal disponente all' erede. A Lucio Cornelio Lentulo (console l' anno 851 di Roma), si deve siffatta introduzione, insieme con quella dei fedecommessi. Essendo egli in Affrica « e ri-
» conoscendosi prossimo a morte, scrisse dei codicilli confer-
» mati da testamento, nei quali pregava Augusto per fedecom-
» messo, ad eseguire certi suoi voleri. Augusto avendo esaudita
» cosiffatta preghiera, altri lo imitarono, ed eseguirono anche
» essi ciò che per codicillo era stato alla loro fedecommesso; e
» la figlia di Lentulo rispettò dei legati, che per rigore di gius
» non avrebbe avuto obbligo di rispettare. Dicesi che Augusto
» convocasse uomini sapienti di quel tempo, fra i quali Trebazio
» Testa, il quale era allora autorevolissimo giureconsulto, e li

[1] Pel nostro Codice il codicillo si confonde col testamento.

» interrogasse se dovesse accogliersi questa innovazione, se in-
» somma l'uso del codicillo discordasse coi principii giuridici, e
» che Trebazio consigliasse Augusto di favorire quest'uso, come
» utilissimo e necessario ai cittadini Romani, che nei loro lunghi
» viaggi, mentre avrebbero potuto trovarsi nell'impossibilità di
» fare un testamento, avrebbero potuto nonostante fare almeno
» dei codicilli. In seguito Labeone stesso, avendo fatto dei codi-
» cilli, niuno più dubitò che non fossero atti pienamente legali. »
Tale è l'origine dei codicilli, narrataci dai compilatori delle Istituzioni Imperiali, dei quali abbiamo fin qui riferito le parole precise, limitandoci a tradurle. Nei codicilli non potevano essere ordinati che dei *fedecommessi*, perchè per l'istituzione dell'erede e per i legati, il diritto Civile antico esigeva un testamento; egli è per questo che talora i codicilli occorrono indicati col nome di *epistola fideicommissaria* (fr. 37, § 3, *Dig. de legatis*, XXXII; fr. 89 *pr.*, *Dig. de legatis*, XXXI).

§ 818. I codicilli si distinguono: in *codicilli ad testamentum facti*, e *codicilli ab intestato facti* (fr. 8; fr. 16, *Dig. de jure codicill.*, XXIX, 7). I primi sono ordini lasciati dal testatore all'erede testamentario: i secondi sono ordini lasciati dal defunto all'erede legittimo. I codicilli *ad testamentum facti*, possono essere *confirmati* nel testamento, o *non confirmati*. E quella *conferma* può essere *in præteritum*, ed *in futurum*; in *præteritum*, se il testatore aveva prima del testamento fatto un codicillo, e nel testamento lo conferma: *in futurum*, se il testatore nel fare il suo testamento, dichiara che egli in seguito farà dei codicilli, ed in anticipazione nel testare li conferma (*Instit.*, § 1, *h. t.*, II, 25). La conferma potrebbe comprendere insieme codicilli già fatti, e codicilli da farsi, per esempio se il testatore, come ci insegna Celso, dicesse: *si quid tabulis, aliove quo genere, ad hoc testamentum pertinens reliquero, ita valere volo* (fr. 18, *Dig. de jure codicill.*, XXIX, 7). I codicilli fatti *ad testamentum*, collegandosi col testamento, perchè ordini diretti all'erede testamentario, si considerano come un accessorio del testamento, e quasi parte del medesimo, tanto che tutto quello che essi contengono, si considera come scritto nel testamento (*ut quæcumque in his scribentur perinde haberentur ac si in testamento scripta essent*): ripetendo la loro forza dal testamento (*vires ex eo capiunt*); ne seguitano la sorte (*jus sequuntur ejus*), sussistono

seco, e con lui rimangono invalidati (fr. 2, § 2; fr. 3, § 2; fr. 8 *pr.*; fr. 14; fr. 16, *Dig. de jure codicill.*, XXIX, 7). In diritto Antico, diverso era l'ufficio dei codicilli *confirmati* nel testamento, da quello dei *non confirmati*. I *confirmati* potevano contenere non soltanto dei fedecommessi, bensì ancora dei legati, delle revoche di legati, delle manomissioni dirette, delle nomine di tutore; i codicilli non confermati potevano contenere soltanto dei fedecommessi (PAOLO, III, 6, 92; fr. 43, *Dig. de manum. testam.*, XL, 4; fr. 3 *pr.*, *Dig. de testam. tut.*, XXVI, 2; PAOLO, IV, 1, 10; GAJO, II, 273). Papiniano opinava, che i codicilli *anteriori* al testamento, fossero annullati dal medesimo, se questo non li confermava esplicitamente (*Instit.*, § 1, *h. t.* II, 25; fr. 5, *Dig. eod.*), ma un rescritto degli imperatori Severo ed Antonino, ricordato nelle Istituzioni Imperiali (loc. cit.); stabilì al contrario, che i codicilli fatti precedentemente al testamento, avessero efficacia, comunque non confermati espressamente nel medesimo. Tuttavia addimandasi, che per qualche indizio possa argomentarsi il testatore non aver mutato volontà (fr. 5, *Dig. h. t.*). Sparita nel diritto Giustinianeo la differenza fra legati e fedecommessi, non havvi più interesse (fuori che nei casi di nomina di tutore, e di manomissione di servi) a constatare se una disposizione vale come legato o come fedecommesso: e per conseguenza la distinzione fra codicilli confermati, e non confermati nel testamento, è divenuta quasi oziosa. I codicilli fatti *ab intestato* hanno un'esistenza indipendente e principale, sono validi o invalidi per ragioni loro proprie (fr. 3 *pr.*; fr. 8, § 1; fr, 16, *Dig. h. t.*). In antico non potevano contenere se non che dei fedecommessi, il diritto Civile vietando che all'erede *ab intestato* si imponesse un legato (GAJO, II, 270): dappoichè un legato presupponesse un erede testamentario: in gius Nuovo i legati contenuti nei codicilli, varrebbero come fedecommessi.

§ 819. In antico nessuna formalità era richiesta per i codicilli, (*Instit.*, § 3, *h. t.*, II 25), ma dopo Costantino se ne addimandarono tante quante pei testamenti (*cost. Cod. Theod. testam.*, IV, 4) dopo TEODOSIO II, in minor numero (*cost.* 1, *Cod. Theod. de testam.*, IV, 4; *cost.* 8, § 3, *Cod. Just. de codicill.*, VI, 36), onde è che il codicillo fu detto atto *meno solenne di ultima volontà*. Dal bisogno di queste formalità derivò la distinzione fra *codicilli pubblici e privati*, distinzione corrispondente a quella analoga

dei testamenti (vedi sopra, § 609). E *pubblici* si dissero quelli posti sotto la tutela e protezione della pubblica autorità, consegnandoli p. e. al principe, o facendoli verbalmente dinanzi al magistrato, che ne redige un protocollo, depositato poi nel pubblico archivio. *Privati* gli altri. I *privati* si suddistinsero in *nuncupativi e scritti.* La voce codicillo, stando al suo significato etimologico, ingenera l'idea della scrittura, e sembra inconciliabile con la *nuncupatio;* ma introdottosi l'uso di accordare efficacia ai codicilli scritti, si riconobbe logico accordare validità anche ai *nuncupativi,* manifestando questi come quelli, in ugual modo, la volontà del defunto.

§ 820. I codicilli *pubblici* non abbisognano di nessuna formalità, appunto come non ne abbisognano i testamenti pubblici. I codicilli *privati,* sieno *scritti* o *nuncupativi,* richiedono:

a) cinque testimoni idonei, poco importa che sieno *rogati* o trovatisi uniti per caso (*cost.* 8, *Cod. de Codicill.,* VI, 36).

b) la contestualità (*cit. cost.* 8). I codicilli scritti richiedono di più la *firma dei testimoni,* ma non l'apposizione del loro sigillo (*cit. cost.* 8, § 3). Intorno alla firma del codicillante, valgono le stesse regole esposte nel trattare dei testamenti scritti (vedi sopra, § 612). Il Boemero opinò, che come i Romani avevano dei testamenti privilegiati, così avessero dei codicilli privilegiati, ma ciò non è dimostrato. Del resto, nel diritto Giustinianeo, le forme dei codicilli perderono molta della loro importanza, almeno per riguardo all'ordinamento dei legati e dei fedecommessi, dopo che Giustiniano con una sua Costituzione ebbe stabilito: che un fedecommesso fatto verbalmente o per lettera, ma senza nessuna formalità, sarebbe stato valido, se l'erede cui il fedecommessario poteva deferire il giuramento, ricusava di giurare di non avere avuto quella commissione (*Instit.,* § 12 *de fideicom. hered.,* II, 23; *cost.* 32, *Cod. de fideicom.,* VI, 42), la quale Costituzione vale anche per i legati, dopo che questi sono parificati ai fedecommessi.

§ 821. Soltanto una persona capace di fare un testamento può fare un codicillo (fr. 6, § 3; fr. 8, § 2, *Dig. de jure codicill.,* XXIX, 7). Essa non ha facoltà nel codicillo di istituire un erede, nè di sostituire ad un erede, o di diseredare, e neppure di apporre nel codicillo una condizione all'istituzione dell'erede, fatta nel testamento (*Instit.,* § 2, *h. t.,* II, 25; Gajo, II, 273; fr. 2,

§ 4; fr. 6, *Dig. de jure codicill.*, XXIX, 7). Ma è lecito al testatore di indicare nel codicillo il nome dell'erede, istituito nel testamento, o di assegnare nel codicillo all'erede istituito nel testamento, la quota di eredità in cui lo vuole istituire. Esempigrazia è lecito al testatore, dire nel suo testamento: *Istituisco mio erede la persona che io nominerò nel mio codicillo*, come pure ha facoltà di dire: *Istituisco Tizio mio erede, per quella quota che io stabilirò nel mio codicillo* (fr. 36; fr. 77, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5). Nel codicillo lice validamente ordinare la restituzione fedecommessaria di tutta l'eredità, o di una quota parte della medesima (Gajo, II, 273; *Instit.*, § 2, *de codicill.*, II, 25; fr. 2, § 4, *Dig. de jure codicill.*, XXIX, 7). Il principio che non può imporsi un legato in un codicillo non confermato da testamento, o in un codicillo *ab intestato*, ha perduto ogni effetto pratico, dopo la parificazione dei legati ai fedecommessi. La manomissione di un servo per codicillo è possibile, ma vale come fedecommesso (vedi vol. I, lib. 1, § 94, lett. B). Il tutore nominato in un codicillo non confermato o in un codicillo *ab intestato*, non sarebbe un vero e proprio tutore testamentario, ma con la conferma del Magistrato potrebbe esercitare l'ufficio (vedi vol. I, lib. 1, § 206). È lecito fare più codicilli, e tutti valgono e coesistono giuridicamente; senza che il posteriore revochi l'anteriore. Questa revoca si verificherebbe soltanto quando, o il disponente avesse dichiarato essere sua volontà che essa si verificasse, o quando le disposizioni del codicillo posteriore, fossero inconciliabili con quelle dell'anteriore (*cost.* 3, *Cod. de codicill.*, VI, 36).

§ 822. Mentre i testamenti ed i codicilli sono ambedue atti di ultima volontà, hanno per altro differenze notevoli fra loro: Ed in vero:

a) Prescindendo dalla tanto maggiore antichità del testamento, è da osservare innanzi tratto, che mentre niuno può morire con più testamenti tutti ugualmente validi, più codicilli lasciati da un medesimo disponente (l'abbiamo ora detto) possono valere. Cotale differenza non deve sorprendere: imperocchè i codicilli sono destinati soltanto a conferire dei diritti sopra delle cose singole; e se nell'eredità ne esistono più, è lecito ed è possibile con un codicillo disporre di alcune, con un codicillo diverso disporre di altre; ma non così procede la bisogna nel testamento, perchè col testamento, dal testatore disponendosi del

suo *universum jus*, in altri termini, di tutto il suo patrimonio, di tutti i suoi averi, dopo un testamento non rimane obietto possibile per un secondo.

b) Il testamento è inteso all' istituzione di uno o più gradi di eredi *diretti;* senza questa istituzione il testamento manca; tale istituzione non può essere fatta per codicillo. Se vi fosse scritta, si interpreterebbe come un fedecommesso, supponendo che il disponente avesse sbagliato nelle parole.

c) Il testamento richiede *sette* testimoni, al codicillo ne bastano *cinque*.

d) Il testamento esclude la successione *ab intestato*, il codicillo è compatibile con la medesima.

§ 823. I commentatori del diritto Romano chiamano *clausola codicillare,* quella clausola con la quale il testatore dichiara: che se il suo testamento non potrà valere come testamento, valga almeno come codicillo: « hoc testamentum volo esse ratum quacumque ratione poterit — ea omnia fieri volo etiam ab intestato — volo hoc etiam vice codicillorum valere — ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere (fr. 29, *Dig. qui testam. fac. poss.,* XXVIII, 1; fr. 13, *Dig. de inof. testam.,* V, 2; fr. 3, *Dig. de testam. milit.,* XXIX, 1; *cost.* 8, *Cod. de codicill.,* VI, 36). Siffatta clausola non si sottintende mai nei testamenti dei *pagani* (fr. 41, § 3, *Dig. de vulg. et pup. substit.,* XXVIII, 6; fr. 1, *Dig. de jure codicill.,* XXIX, 7; *cost.* 8, § 1, *Cod. de codicill.* VI, 36); si sottintende nei testamenti militari (fr. 3, *Dig. de testam. milit.,* XXIX, 1). È superfluo aggiungerla, quando tutte le solennità volute dalla legge per la validità del testamento, sono state in esso osservate. Non ha effetto alcuno se non furono osservate neppure le formalità necessarie ad un codicillo, o se il disponente è incapace a fare qualunque atto di ultima volontà, o si mostra, con le sue disposizioni *inofficiose,* quasi alienato di mente (fr. 13, *Dig. de inoff. testam.,* V, 2; fr. 2 e 36, *Dig. de legatis,* XXXII), o se le sue disposizioni sono viziate da errore, dolo, timore, violenza (vedi sopra § 693, nº 3). La clausula codicillare giova dunque, se il testamento è invalido, perchè manca l' istituzione dell' erede, o perchè l' istituito non vuole o non può acquistare la eredità, o perchè il testamento manca delle forme esterne prescritte dalla legge. Ed in vero in tutti questi casi, la eredità si deferisce agli eredi legittimi, ed essi

devono eseguire la volontà del testatore come fedecommesso (fr. 2, § 4, *Dig. de jure codicill.*, XXIX, 7; *cost.* 29, *Cod comm. de legat. et fideicom.*, VI, 42; *cost.* 8, § 1 e 2, *Cod. de codicill.*, VI, 36). Nel caso che esista un testamento, cui sia stata apposta la clausula codicillare, ed il quale non possa valere come testamento, sibbene qual codicillo, se per avventura il testatore stesso aveva fatto anteriormente un altro testamento valido, l'eredità è deferita all'erede istituito in questo valido testamento anteriore, come ad erede diretto (*Instit.*, § 3, *quib. mod. testam. infirm.*, II, 17; fr. 2, *Dig. de injusto rupto*, XXVIII, 3), ma per le leggi Romane costui è obbligato a restituire l'eredità qual fedecommesso, alla persona istituita nel testamento posteriore, in cui si legge la clausola codicillare. Allorquando un testamento è munito della clausola codicillare, l'erede istituito ha la scelta di riconoscerlo e farlo valere, o come testamento o come codicillo: ma scelto che egli abbia non gli è più lecito pentirsi. Tuttavolta gli ascendenti istituiti nel testamento, i discendenti agnati del defunto fino al 4° grado, ed i discendenti cognati fino al 3°, i quali hanno sostenuto la validità dell'atto come testamento, senza effetto, possono poi far valere l'atto stesso come codicillo. Ma se da primo hanno sostenuto la validità di quell'atto come codicillo, non possono in seguito pretendere di farlo valere come testamento (*cost.* 8 *pr.*, § 1 e 2, *Cod. de codicill.*, VI, 36).

CAPITOLO IV.

TEORIA DEI LEGATI E DEI FEDECOMMESSI A TITOLO SINGOLARE.

§ 824. Per esporre convenientemente le regole che governano i legati ed i fedecommessi a titolo singolare, dopo la loro parificazione, operata da Giustiniano, è necessario dichiarare:

I. Quali persone intervengano in un legato.
II. Quali cose sieno obietto possibile di legato.
III. Quali sieno le modalità dei legati.
IV. Come i legati si acquistino.
V. Come si regoli il diritto di accrescimento nei legati.
VI. Qual sia il disposto della *legge Falcidia* sui legati.
VII. Quali sieno le cause di invalidità dei legati.
VIII. Quali azioni spettino ai legatari.

I. PERSONE CHE INTERVENGONO IN UN LEGATO.

§ 825. *a*) Chiunque gode della capacità di testare, gode eziandio della capacità di lasciare legati (fr. 2; fr. 114 *pr.*, § 1, *Dig. de legatis*, XXX).

b) Chiunque è capace di essere istituito erede, è capace ancora di essere onorato di un legato (*Instit.* § 24, *de legatis*, II, 20). Legato inutile era quello lasciato a favore del servo dell' erede: perchè il servo acquistando pel padrone, l' ordinare all' erede di pagare al servo suo un legato, equivaleva all' ordinargli di pagarlo a sè stesso (fr. 116, *Dig. de legatis*), lochè sarebbe assurda cosa. Ma se è inutile il legato fatto a favore dell' *heres solus*, tale non è il legato di antiparte, o prelegato (*prælegatum*) fatto a favore di uno fra più coeredi. Quello fra i coeredi onorato di tal prelegato, ha diritto di prelevarlo dall' eredità, talchè come legatario acquista soltanto quella parte del legato stesso, che posa a carico degli altri coeredi, in proporzione della loro quota; l' altra parte che egli come erede dovrebbe pagare a sè stesso, l' acquista come erede (fr. 22, fr. 76, § 1; fr. 91, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2; fr. 18, § 3, *Dig. ad SC. Trebell.*, XXXVI, 1; fr. 34, § 12, *Dig. de legatis*, XXX). I più coeredi istituiti a parti disuguali, acquistano la cosa lasciata loro senza designazione di parti, non già in proporzione della respettiva loro quota ereditaria, bensì a parti *uguali* (fr. 67, § 1, *Dig. de legatis*, XXX).

c) Chiunque acquista qualche cosa dall' eredità di un defunto, può (dopo la parificazione fra legati e fedecommessi a titolo singolare), essere onerato della prestazione di un legato (fr. 92, § 2, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 1, § 6, *Dig. de legatis*, XXXII, *cost.* 9, *Cod. de fideicom.*, VI, 42); per mezzo di lui può legarsi, egli è persona, per usare la locuzione testuale, *a quo legari possit.*[1] Tuttavolta niuno può essere onerato della prestazione di un legato, che superi in valore quanto costui acquistò dall' eredità di chi gli ha imposto quel legato: *neminem oportere plus legati nomine prestare, quam ad eum ex hereditate quid pervenit* (fr. 1, § 17, *Dig. ad SC. Trebell.*, XXXVI, 1; fr. 114, § 3 e 4, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 70, § 2, *Dig. de legatis*, XXXI). Quando il defunto non

[1] Concorda l' art. 838, ivi: « È valido indistintamente il legato di cosa appartenente all' erede od al legatario incaricato di darla ad un terzo. »

stabilì chi debba prestare il legato, tutti gli eredi sono obbligati a prestarlo, in proporzione delle loro quote ereditarie (fr. 54, § 3; fr. 124, *Dig. de legatis,* XXX; fr. 17, *Dig. de duob. reis,* XLV, 2; *cost.* 2, *Cod. de hered. act.*, IV, 16).[1]

II. COSE OBIETTO POSSIBILE DI LEGATO.

§ 826. Obietto di legato può essere: *qualunque cosa in commercio, esistente o che possa esistere in futuro, purchè utile al legatario. Qualunque cosa:* dunque tanto una cosa corporale, quanto una incorporale, determinata tanto in genere, quanto in specie, come pure una quantità o una università di cose; purchè *sia in commercio:* laonde non le cose sacre, religiose, sante, comuni, pubbliche, (fr. 49, § 2 e 3, *Dig. de legatis,* XXXI); *purchè esista o almeno possa esistere in futuro*: per conseguenza le cose, che più non sono in natura, o che non vi furono, nè saranno mai, non possono essere obietto di un legato serio. Sul legato di cose, che se non esistono, almeno potranno esistere in futuro, è da fare qualche osservazione. Suppongasi che un testatore abbia lasciato in legato 100 anfore di vino, da prendersi dalla futura raccolta del suo fondo Corneliano, e che la raccolta del vino manchi; dovrannosi prestare le 100 anfore di vino? Risponde *negativamente* il fr. 5, *Dig. de tritico, vino, vel oleo legato,* (XXXIII, 6). Ma se il testatore avesse legato una determinata quantità di vino, senza stabilire il fondo dal quale dovesse essere preso, il legato dovrebbe essere prestato, quand'anche nell'eredità non esistesse vino (fr. 3, *Dig. de tritico, vino,* XXXIII, 6). Il legato di una somma di danaro deve essere pagato, tanto se nell'eredità si trovano contanti, quanto se non vi se ne trovano (fr. 12, *Dig. de legatis*, XXXI). Il legato di cosa, che è nel dominio assoluto, esclusivo, ed irrevocabile del legatario, è nullo: giusta la regola: *res mea, plus quam semel mea esse non potest.*[2] (*Instit.,* § 10, *de legatis,* II, 20); ma se il legatario aveva sulla

[1] Concordemente col diritto Romano l'articolo 869 stabilisce che se l'obbligo di pagare il legato è stato particolarmente imposto a taluno degli eredi, questi solo è tenuto a soddisfarlo (concorda il fr. 33, § 1, *Dig. de legatis,* II). Quest'articolo al capoverso aggiunge: che se è stata legata una cosa propria di un coerede, l'altro coerede o i coeredi sono tenuti a compensarlo del valore di essa con danari o fondi ereditari in proporzione della quota ereditaria, quando non consti di una contraria volontà del testatore.

[2] Concorda l'art. 843.

cosa legatagli, un dominio, limitato per esempio da una servitù personale di usufrutto, allora si intenderebbe, che il testatore gli avesse legato quello che a lui legatario mancava, a rendere il suo dominio illimitato e pieno; e se il testatore avesse avuto dei diritti o delle pretensioni sulla cosa del legatario, si intenderebbe che col legargliela, gli avesse legato quei diritti e pretensioni, e così vi avesse rinunziato (fr. 71, § 5; fr. 86 *pr.*, § 4, *Dig. de legatis*, XXX).[1] La validità del legato, per ragione della cosa legata, si giudica secondo le condizioni che essa aveva nell'epoca in cui fu fatto il testamento. Il legato *inutile* nel suo principio, per la *inidoneità della cosa*, in quel tempo, non può in seguito divenire valido per mutata condizione della cosa stessa: giusta la regola Catoniana: riferita da Celso nel (fr. 1, *Dig. de regula Catoniana* (XXXIV, 7), nei termini seguenti: *quod si testamenti facti tempore, decessisset testator, inutile foret id legatum, quandocumque decesserit, non valere*, e da Paolo generalizzata con le espressioni: *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (fr. 29, *Dig. de reg. juris*, L, 17). Ma sarebbe lecito mettere in condizione la idoneità della cosa; potrebbe esempigrazia, il testatore dire: *lego a Tizio, la casa di sua proprietà, pel caso che all'epoca della mia morte non fosse più sua*; l'erede sarebbe allora obbligato, verificandosi la condizione, a ricomprare la casa, e consegnarla a Tizio, o ciò non venendogli fatto, sarebbe obbligato a pagargliene il valore; perchè la regola Catoniana non è applicabile ai legati condizionati (fr. 41, § 2, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 3; fr. 4, *Dig. de reg. Caton.*, XXXIV, 7). È possibile che il testatore leghi, oltre cose proprie, ancora cose altrui.[2] Se lega una cosa altrui *sapendo* questa qualità della cosa, si intende che abbia voluto imporre all'erede l'obbligo di comprarla, e di farla avere al legatario, e nell'impossibilità di fare questo, si intende gli abbia imposto l'obbligo di pagare al legatario il prezzo di quella cosa,

[1] Concorda l'art. 839. « ivi » Se al testatore, all'erede, od al legatario appartiene una parte della cosa legata od un diritto sulla medesima, il legato è valido soltanto relativamente a questa parte od a questo diritto, salvo che resulti della volontà del testatore di legare la cosa per intiero, in conformità dell'art. 837.

[2] Il legato di cosa altrui è nullo, pel Codice nostro, salvo che *sia espresso nel testamento*, che il testatore *sapeva essere cosa altrui*; nel qual caso è in facoltà dell'erede o di acquistare la cosa legata per rimetterla al legatario, o di pagarne a questo il giusto prezzo. Se però la cosa legata quantunque *d'altri al tempo del testamento*, si trova in proprietà del testatore al *tempo di sua morte*, è valido il legato della medesima (art. 837.) Quest'ultima disposizione contradice alla regola Catoniana in materia di legati.

a ragione di stima (*Instit.*, § 4, *de legatis*, II, 20; fr. 14, § 2; fr. 30, § 6, *Dig. de legatis*, XXXII). Ma se il testatore legò la cosa altrui, *credendola per errore propria*, il legato è nullo: perchè allora si presume, che se il testatore avesse saputo tal cosa non essere sua, non l'avrebbe legata: presunzione che non potrebbe aver luogo, se il legatario fosse un prossimo congiunto, cui il testatore avrebbe certamente voluto legare qualche cosa (*cost.* 10, *Cod. de legatis*, VI, 37). Per altro, il legatario il quale sostiene che il testatore legando una cosa altrui, sapeva che era altrui, deve provarlo: e non sta già all'erede il provare che il testatore ignorava essere altrui; conciossiachè l'onere della prova incomba sempre all'attore (PAOLO, IV, 1, 8, *Instit.*, § 4, *de legatis*, II, 20; fr. 21, *Dig. de probat.*, XXII, 3). Supposto che il legatario, all'epoca in cui dovrebbe acquistare la cosa legatagli, ne avesse già acquistata la proprietà, è da distinguere se fece quell'acquisto a titolo *lucrativo*, o a titolo *oneroso*: se a titolo oneroso, ha diritto, che l'erede lo rimborsi di quanto spese per acquistarla; se a titolo lucrativo, il legato è inutile: (fr. 34, § 7, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 21, § 1, *Dig. de legatis*, XXXII) perchè *duæ causæ lucrativæ in eamdem rem, eamdemque personam concurrere non possunt* (*Instit.*, § 6, *de legatis*, II, 20; fr. 17, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7). Se dunque la cosa stessa è stata lasciata allo stesso legatario, in due testamenti, bisogna distinguere, se egli acquistò prima la cosa, ovvero prima la stima o il prezzo della medesima; se ebbe prima la cosa, non può poi chiedere la stima, perchè la cosa l'ha avuta per causa lucrativa; se ebbe prima la stima, può agire, per avere la cosa, perchè per avere ricevuto la stima non ha effettivamente avuto la cosa (*Instit.*, § 6, *de legatis*, II, 20; fr. 108, § 4, *de legatis*, XXX). È valido il legato della cosa oppignorata, e l'erede è obbligato per regola, a redimere il pegno, se il testatore conosceva che era impegnata, ammenochè dai termini del legato, o da altre prove non apparisse, che il testatore volle addossare al legatario l'onere di quella redenzione (fr. 57, *Dig. de legatis*, XXX, PAOLO, III, 6, 8, *Instit.*, § 5, *de legatis*, II, 20), *cost.* 3, *cod. eod.*, tit. VI, 37).[1]

[1] Per l'articolo 878 se la cosa legata è gravata di un canone, di una rendita fondiaria, di una servitù o di altro carico inerente al fondo, il peso ne è sopportato dal legatario.

Se poi la cosa legata è vincolata per una rendita semplice, un censo od

Supposto che li testatore, dopo avere lasciata una cosa in legato, l'avesse alienata, è da distinguere se l'alienò per bisogno (come per pagare dei debiti urgenti), o senza bisogno: se per bisogno, l'erede è obbligato a prestarla od a prestarne la stima al legatario; se senza bisogno, si presume che con quella alienazione il testatore abbia voluto revocare il legato (*Instit.*, § 12, *de legatis*, II, 20; fr. 11, § 12, *Dig. de legatis*, XXXII; fr. 18, *Dig. de adim. vel transf. leg.*, XXXIV, 4; GAJO, II, 198).

§ 827. Abbiamo detto che possono essere legate tanto delle *cose corporali*, quanto delle *cose incorporali*, come sarebbero un diritto di usufrutto o d'uso, ed in generale di qualunque servitù personale o reale, un diritto di pegno, d'enfiteusi ec. Fra i legati di cose incorporali, meritano speciale menzione i seguenti:

a) *Il legatum nominis*, ossia il legato di un *credito*. Si verifica questo legato, quando il testatore lascia a qualcheduno un credito che egli ha, o che il suo erede ha verso un terzo. Alla validità di siffatto legato si addimanda, che il credito esistesse nel tempo in cui fu legato, e che non sia stato estinto prima della morte del testatore[1] (fr. 75, § 1 e 2, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 21 *pr.*, § 1, e *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3, *Instit.*, § 21, *de legatis*, II, 20). L'erede era obbligato a cedere al legatario del credito, le azioni per esigerlo (*Instit.*, § 21, *de legatis*, II, 20; fr. 44, § 6; fr. 75, § 2, *Dig. de legatis*, XXX), ma anche senza cessione potè poi sperimentarle come azioni *utiles* (*cost.* 18, *Cod. de legat.*, VI, 37). Supposto che il credito legato non fosse pagato dal debitore, l'erede non sarebbe obbligato a pagarlo, perchè l'erede non è obbligato a garantire nè la solventezza del debitore, nè l'esi-

altro debito dell'eredità o anche di un terzo, l'erede è tenuto al pagamento delle annualità, o degli interessi, o della somma principale, secondo *la natura del debito*, quando il testatore non abbia diversamente disposto.

Laonde il peso di un usufrutto, secondo il Codice nostro, dovrebbe sopportarsi dal *legatario*, mentre per diritto Romano, se l'usufrutto era noto al testatore, l'erede era tenuto a liberare la cosa legata dalla servitù dell'usufrutto, o a pagare al legatario la stima della servitù medesima (fr. 66, § 6 *Dig. de legat.*, II).

Parimente non potrebbe presso di noi il legatario esigere che l'erede gli consegnasse la cosa legatagli, libera dall'ipoteca; bisogna che aspetti che il debito sia scaduto, ed alla scadenza col pagamento la cosa venga liberata. Per diritto Romano invece, il legatario aveva diritto che la cosa gli fosse consegnata libera, purgata (fr. 86, *Dig. de legatis*, I; fr. 57, *Dig. de legatis*, I, *cost* 6, *Cod. de fideicom.*)

[1] Concorda l'art. 844. « ivi » Il legato di un credito o di liberazione di un debito ha effetto per la sola parte che sussiste alla morte del testatore.

stenza del credito (fr. 105; fr. 39, § 5; fr. 75, § 2, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 10, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3).[1]

b) *Legatum liberationis.* Così chiamasi il legato, pel quale un debitore (*legatario*), viene liberato da un debito, che egli ha col defunto, o con l'erede, o con un terzo (fr. 8 *pr.*, *Dig. de liberatione legata*, XXXIV, 3, *Instit.*, § 13, *de legatis*, II, 20). Pel sistema Romano, relativo alla estinzione delle obbligazioni, il legato non era un mezzo di estinguerle; laonde il debitore dell' erede o del testatore, nonostante il legato della liberazione, sarebbe rimasto sempre debitore, e l'erede avrebbe potuto sperimentare contro di lui le sue azioni; se non che il legatario avrebbe potuto respingerlo con l'*exceptio doli*, ed inoltre il legatario con l'*actio ex testamento*, avrebbe potuto costringere l'erede a liberarlo, in uno dei modi di estinzione delle obbligazioni, riconosciuti dal diritto Civile (fr. 8, § 1; *Dig. de doli mali except.*, XLIV, 4; fr. 3, § 3; fr. 15, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3; *Instit.*, § 13, *de legatis*, II, 20). Qualora il legatario avesse avuto per creditore, non già il defunto, o l'erede, ma un terzo estraneo, detto legatario avrebbe potuto con un' azione personale, costringere l'erede a pagare quel creditore, e così liberarlo (fr. 3, § 2, 3; fr. 4, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3); in tal caso effettivamente sarebbero esistiti due legatari, giacchè come legatario si sarebbe potuto considerare anche il terzo, il quale per volontà del testatore, si sarebbe trovato ad avere un debitore di più, nella persona dell' erede, e così due debitori: il primitivo, e di più l'erede (fr. 3, *in fine Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3). Ove alla morte del testatore, il debito di cui fu legata la liberazione più non esistesse, il legato sarebbe senza effetto (fr. 26, § 7, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6; fr. 7, § 4, 5, 7; fr. 21, *Dig. de liberat leg.*, XXXIV, 3); ma se il debito di cui fu legata la liberazione, fosse stato un debito del legatario verso il testatore, e questi, prima di morire l'avesse esatto, bisognerebbe distinguere, se il testatore fece quella esazione per suo bisogno o senza; nel primo caso il legato varrebbe; nel secondo si riterrebbe invalidato per mutazione di volontà del testatore (fr. 11, § 12, 13, *Dig. de legatis*, XXXII). Come può ordinarsi per legato la liberazione del debito, così può ordi-

[1] Per l'art. 844, capoverso, l'erede è obbligato soltanto a rimettere al legatario i titoli del credito legato, che si trovassero presso il testatore.

narsi la temporaria o vitalizia dilazione nello esigerlo. Il debitore allora non può essere obbligato a pagare durante tutto il tempo della dilazione, e può respingere con l' *exceptio doli* l' erede che lo escutesse durante quel tempo (fr. 8, § 1, 2, 3, 4; fr. 20, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3). Qualunque debito, sia *naturale*, sia *civile*, può essere obietto del legato di liberazione. Tanto si stima tal legato, quanta è l' utilità che risente il legatario per la liberazione (fr. 8, § *ult.*, fr. 16, 17, 18, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3). Il legato della liberazione da un debito, si intende esteso anche alle usure (fr. 28, § 6, *Dig. eod*). Il legato della liberazione da tutti i debiti, comprende tutti quei debiti, che esistevano all' epoca del testamento, non i posteriori; ammenochè il testatore non abbia adoperato parole, che si estendano anche a questi (fr. 28, § 2, *Dig. eod.*). La liberazione da un debito può venire legata anche tacitamente: esempigrazia legando al proprio debitore il chirografo, che è il documento probatorio del credito, (fr. 3, § 2, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3).

c) *Legatum debiti.*[1] Il debitore, che lascia per legato al suo creditore, ciò di cui gli va debitore, arreca ordinariamente un vantaggio al creditore medesimo; ed invero, rimuove le eccezioni che il debito poteva patire; dispensa il creditore dalla prova del suo credito; rende puro ed esigibile subito il credito che fosse stato condizionale o a tempo; conferisce un diritto di ipoteca a garanzia di un credito puramente chirografario: laonde questo legato, come vantaggioso al legatario, è per lo più valido (*Instit.*, § 14, *de legatis*, II, 20; fr. 1, § 10, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2; fr. 29, *Dig. de legatis*, XXX). Ma sarebbe nullo, come dicono le Istituzioni Imperiali, *si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum*, (*Instit.*, § 14, loc. cit.); ed invero allora non sarebbe più una *liberalità*, e per conseguenza non un legato (vedi sopra, § 808). Ove il testatore legando un debito non esistente, venisse a confessarsi debitore senza esserlo, si riterrebbe, che avesse voluto fare una liberalità alla persona, che qualificò come suo creditore: lo stesso si dica se si confessasse debitore di una somma maggiore, di quella dovuta (fr. 75, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 25, *Dig. de lib. leg.*). Il legato del debito tanto si stima,

[1] Se il testatore senza fare menzione del suo debito, fa un legato al suo creditore, il legato non si presume fatto per pagare il legatario del suo credito (art. 845, col quale concorda il fr. 85, *Dig. de legatis*, II).

quanto il debitore migliora le condizioni del suo creditore (fr. 13, e 14, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3).

d) Un legato molto analogo al legato del debito, è il *prelegato della dote.* Il prelegato della dote esiste, quando il marito lega alla moglie tutto quanto essa gli portò in dote (fr. 1, § 12; fr. 3; fr. 17, *pr. Dig. de dote prælegata,* XXXIII, 4); ha analogìa col legato del debito, perchè il marito lega così quello, che egli sarebbe in debito di restituire all' epoca dello scioglimento del matrimonio. Tal prelegato della dote è valido, dappoichè riesca utile alla moglie; infatti mentre il marito, o i suoi eredi avrebbero un anno di tempo per restituire le cose mobili dotali (vedi sopra, § 430), e potrebbero esercitare l'*jus retentionis,* l'*jus tollendi,* o esercitare azioni per farsi rimborsare delle spese fatte per la dote (vedi sopra, § 429), in forza del prelegato della dote medesima, dovrebbero restituirla *subito,* e senza esercitare azione per le spese utili nè l'*jus tollendi* per le voluttuose (*Instit.,* § 15, *de legatis,* II, 20; fr. 1, § 2; fr. 5, *Dig. de dote prælegata,* XXXII, 4). La moglie è per tal prelegato dispensata dal provare che ha portato una dote, e dal provare l'ammontare della medesima, quando il marito abbia espresso in una *somma certa* la dote ricevuta, e da lui prelegata alla moglie. A mo'di esempio se il marito avesse detto: *A mia moglie, a titolo di prelegato, lascio le lire trentamila che mi ha portato in dote,* la moglie potrebbe esigere dagli eredi del marito quella somma, e costoro non sarebbero ammessi a provare che essa non portò dote, o che la portò in una somma minore (*Instit.,* § 15, *de legatis;* fr. 1, § 7, e 8; fr. 6, *pr.* e § 1, *Dig. de dote prælegata,* XXXIII, 4). Ma se il marito non avesse espresso la somma, la moglie potrebbe esigere soltanto quella somma, che ella effettivamente avesse portato in dote (fr. 1, § 7, *Dig. eod.*). Da questo prelegato della dote sono cosa assai diversa, *a*) il *legatum dotis,* che la moglie lasciasse al marito, e che avrebbe per effetto di liberare il marito dall' obbligo di restituire la dote (fr. 11, *Dig. eod.*), *b* (il *legatum dotis exigendæ,* cioè quel legato pel quale venisse trasferito ad un terzo il diritto di esigere la dote, legato analogo a quello di un credito (fr. 1, § 10; fr. 7 *pr., Dig. eod.*), *c* il *legatum dotis constituendæ,* vale a dire il legato fatto a donna nubile, perchè lo porti in dote al futuro marito (fr. 71, § 3, *Dig. de condit. et demonstrat.,* XXXV, 1).

§ 828. Fu osservato, che obietto di legato può essere una

cosa determinata tanto in specie, quanto in genere, ed ancora una quantità od una università di cose (vedi sopra, § 826). È prezzo dell'opera dichiare alcune regole relative ai legati, in questi casi diversi.[1]

[1] È nulla pel Codice nostro la disposizione che lascia intieramente all'*arbitrio* dell'*erede* o di *un terzo* il determinare la *quantità* del legato, eccettuati i legati fatti a titolo di rimunerazione di servigi prestati al testatore nell'*ultima* sua malattia (art. 835). È disputabile se per la legislazione Romana si potesse far dipendere un legato dalla volontà di un terzo (vedi i fr. 43, § 2, *Dig. de legatis* I; fr. 1, *Dig. de legatis* II; fr. 11, § 7, *Dig. de legatis*, III; fr. 52, *Dig. de condit. et demonstrat.;* fr. 46, § 1 a 5, *Dig. de fideicom. lib.*) ma è certo che non potevasi far dipendere dall'arbitrio dell'erede (fr. 43, § 2, *Dig. de legatis;* fr. 46, § 3, *Dig. de fideicom. lib.*) Un legato poi la fissazione della quantità del quale fosse stata rilasciata all'arbitrio dell'erede o di un terzo, non sarebbe stato nullo, perchè si sarebbe interpretato come lasciato all'arbitrio dell'uomo probo (fr. 1, § 1, *Dig. de legatis*, II).

È valido ancora per la legislazione attuale, il legato di una cosa erroneamente indicata o descritta, quando sia certo di quale cosa il testatore abbia voluto disporre (art. 836, capov., col quale concordano i fr. 4, *Dig de legatis*, I, e la *cost.* 7, § 1, *Cod. de legatis*.

L'articolo 840 del Codice dichiara valido il legato di *cosa mobile indeterminata*, di un *genere* o di una *specie* (si noti che anche quì la parola *specie*, significa genere infimo e non cosa *individualmente determinata*, come significava per diritto Romano) benchè nessuna cosa di tal genere o specie fosse nel patrimonio del testatore al tempo del testamento, o nessuna vi si trovi al tempo della morte. Nel diritto Romano il legato di *genere infimo*, e circoscritto da limiti naturali, come per esempio il legato di *un cavallo*, era valido (*Istit.*, § 22, *de legatis* fr. 37, 108, § 2, *Dig. de legatis*, I), ma il legato di un *genere sommo*, che non fosse circoscritto in maniera certa, p. e., una casa, non era valido se al tempo della morte del testatore nella sua eredità non esisteva oggetto che appartenesse a quel genere, p. e., se non esistevano *case*. Questo legato si sarebbe considerato come derisorio, non meno del legato di un genere generalissimo, esempigrazia, di un animale, di una pianta (fr. 71, *Dig. de legatis*).

L'articolo 841 dispone che quando il testatore ha lasciato *come sua propria* una cosa particolare, o cadente sotto un certo genere o una certa specie, il legato non ha effetto, se la cosa non si trova nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte. Ma se vi si trova, comunque non nella quantità determinata, il legato ha effetto per la quantità che vi si trova (concorda il fr. 75, § 2, *Dig. de legatis;* fr. 7 *Dig. de auro*).

Il legato di cosa o di quantità da prendersi da certo luogo, ha soltanto effetto se la cosa vi si trova, e per la parte che ve ne sia nel luogo indicato dal testatore (così l'articolo 842, che concorda col fr. 108, § 10, *Dig. de legatis*, I).

Per l'articolo 843 è dichiarato nullo il legato di cosa che al tempo *in cui fu fatto* il testamento era già in proprietà del legatario (concorda il § 10 *delle Istit., tit. de legatis*). Quest'articolo aggiunge: (nel capoverso) che se il legatario non ne era proprietario, bensì l'ha acquistata di poi dal testatore o da altri, ha diritto al prezzo, qualora concorrano le circostanze espresse nell'articolo 837 (cioè qualora il testatore abbia espresso nel testamento di sapere che la cosa legata era di altri) e nonostante ciò che è stabilito dall'articolo 892 (vale a dire che l'alienazione della cosa legata operata dal testatore, revoca il legato), salvochè in ambedue i casi fosse pervenuta al legatario a titolo meramente gratuito. Nel suo terminare quest'articolo conferma il principio Romano: che due cause lucrative nello stesso individuo, e relativamente alla cosa stessa, non possono concorrere (*Istit.*, § 6, *de legatis*).

Quando colui che ha legato la proprietà di un immobile, l'avesse accresciuta con acquisti posteriori, questi ancorchè *contigui*, non fanno parte del legato, senza una nuova disposizione. Ne fanno però parte gli abbellimenti, le nuove fabbriche nell'immobile legato, e le ampliazioni al circuito di un re-

a) *Legatum speciei et generis*. Legato di *specie* esiste, quando la cosa obietto del legato è individualmente determinata, come se il testatore legasse il suo cavallo sauro. Legato di genere è invece il legato di un obietto, indicato per i suoi caratteri generici, p. e. un cavallo.

1° Nel legato di specie, se la specie legata perisce per caso, perisce a carico del legatario, giacchè l'erede è obbligato soltanto a dare la specie legata (nell'esempio nostro il cavallo sauro del defunto), e perita per caso la specie, egli è liberato per l'impossibilità di eseguire la obbligazione (fr. 23; fr. 49, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; (vedi sopra, § 246). Ma perirebbe invece a carico dell'erede, se perisse per suo dolo, o per sua colpa; oppure senza suo dolo, o sua colpa, ma essendo egli in mora di prestarla (vedi § 16, *Instit.*, II, 20; fr. 45, § 2; fr. 47, § 4, *Dig. de legatis*, XXX; e vedi sopra § 252, 253 e § 558). Legate *copulativamente* due specie, importa esaminare se l'una è principale e l'altra accessoria, o se sono ambedue principali. Nel primo caso, perita l'accessoria, devesi la principale, ma perita la principale, non devesi l'accessoria: esempigrazia se fu legato dal testatore il proprio cavallo bardato, perita la bardatura dovrebbesi prestare il cavallo, ma perito il cavallo, non dovrebbesi neppure la bardatura (*Instit.* 17, § 19, *de legatis*, II, 20). Perita una delle due cose

cinto. Così l'articolo 847, il quale in sostanza stabilisce la regola che il legato comprende soltanto gli *accessori necessari* della cosa legata, ma non gli *annessi*, che *possono sussistere indipendentemente* dalla cosa legata. Laonde la cosa legata deve essere consegnata al legatario con tutti gli accrescimenti che sono parte integrante di lei, comunque sopraggiunti dopo che il testamento fu fatto (concordano le *Istit.*, § 19, *de legatis*; ed i fr. 39, *Dig. de legatis*, II; fr. 24, § 2; fr. 44, § 4, *Dig. de legatis*, I), ma non dovranno consegnarsi come non facenti parte del legato gli annessi che non fanno parte integrante della cosa, ed i quali hanno una esistenza separata (fr. 10, *Dig. de legatis*, II).

Del resto l'articolo 876 dichiara esplicitamente che la cosa legata deve essere consegnata cogli *accessori necessari*, e nello *stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore*. Tale articolo 876 parla di *accessori necessari* non di *annessi* che possono stare indipendentemente; è dunque coerente all'art. 847, e questi due articoli si dichiarano a vicenda. L'articolo 876 vuole che la cosa sia consegnata nello *stato in cui si trova il giorno della morte del testatore*; il perchè per fissare l'importanza del legato bisogna guardare al giorno della morte del testatore, e non al giorno del testamento; ed i deterioramenti, come gli aumenti naturali posteriori a quel giorno saranno a carico e respettivamente a vantaggio del legatario.

Le spese necessarie per la prestazione del legato sono a carico dell'eredità, senza che possano diminuire la porzione riservata dalla legge. Il pagamento della tassa di successione è a carico degli eredi, salvo il regresso di questi verso i legatari, ove la cosa legata vi sia soggetta (art. 877, col quale in sostanza concordano i fr. 39, *Dig. de legatis*, I; fr. 44, § 9; fr. 108, *Dig. eod.*; fr. 8, *Dig. de legatis*, II).

ugualmente principali, legate copulativamente, si deve prestare quella rimasta.

2° Il legato di una cosa indicata per i suoi caratteri generici (*legatum generis*), è nullo, se il genere è tanto generale che esso comprende anche cose assolutamente inutili pel legatario, e che l' erede possa prestare senza risentire nessuno incomodo; verbigrazia se fosse stato legato un animale, una pianta (PAOLO, III, 6, 13; fr. 71 *pr.*, *Dig. de legatis*, XXX); come pure è nullo, se il defunto non lasciò nella sua eredità cosa alcuna del genere indicato: per esempio se legò una casa, e non esistono case nel patrimonio del defunto (fr. 71 *pr.*, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 69, § 4, *Dig. de jure dotium*, XXII, 3). Supposto che nell' eredità esistano più cose appartenente al genere indicato, il diritto di scelta appartiene a cui il testatore l' ha conferito. Ove il testatore abbia conferito al legatario il diritto di scegliere, il legato si dice *legatum optionis, seu electionis*, ed il legatario può scegliere la cosa migliore: ove per lo contrario, il diritto di scegliere sia stato attribuito all' erede, egli lo esercita, ma non gli è permesso di dare al legatario la cosa peggiore (*Instit.*, § 23, *de legatis*, II, 20; fr. 2, *Dig. de optione vel elect. legata*, XXXIII, 5; fr. 110, *Dig. de legatis*, XXX).[1] Qualora poi il testatore non avesse conferito il diritto di scegliere, nè al legatario nè all' erede, quel diritto spetta al legatario, se il legato è di tale indole da produrre un'*azione reale* a suo favore; spetta invece all' erede, se il legato è tale che non possa esigersene l' adempimento, se non che con una *azione personale*. Ma nel primo di questi casi il legatario non può scegliere la cosa *ottima*, e nel secondo l' erede non può obbligarlo a ricevere la *pessima* (*Instit.*, § 22, *de legat.*, II, 20; fr. 20; fr. 37 *pr.*, fr. 108, § 2, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 2, § 1, *Dig. de opt. vel elect. leg.*, XXXIII, 5).[2]

[1] Anticamente il *legatum optionis*, prima che fosse fatta la scelta dal legatario, non trasmettevasi agli eredi; ma Giustiniano permise agli eredi del legatario di fare la scelta, che il loro autore non fece. (*Instit.*, § 23, *de legatis*, II, 20; fr. 12, § 8, *Dig. quando dies legat.*, XXXVI, 2, *cost.* 3, *Cod. comm. de legat.*, VI, 43).

[2] Nel legato di una cosa *indeterminata cadente sotto di un genere o di una specie*, la scelta è dell' erede, il quale non è obbligato a dare l' *ottima* nè può offrirla d' *infima qualità* (art. 870).

Si osserva la stessa regola se la scelta è lasciata all' *arbitrio di un terzo* (art. 871).

Ricusando il terzo la scelta, o non potendo farla per morte o per altro impedimento, essa viene fatta dall'autorità giudiziaria con la regola stessa (art. 872).

Se la scelta della cosa è lasciata al legatario, questi può scegliere l' ottima fra quelle che si trovassero nell' eredità; non essendovene, la regola stabilita

b) *Legatum quantitatis*, è il legato di cose fungibili, il genere delle quali è definito dal numero: p. e., *quattro cavalli*: *cento anfore di vino* (fr. 34, § 3, 5, *Dig. de legatis*, XXX). Legata una determinata quantità di cose, indicate soltanto pel loro genere (per esempio 100 anfore di vino), e senza determinazione di qualità, sta in arbitrio della persona, che deve prestare il legato, il darle di quella qualità che più le aggrada (fr. 4, *Dig. de tritico, vino*, XXXIII, 6).

c) *Legatum universitatis*. Legata una università di cose, p. e., un gregge, il suo aumento o decremento, dal giorno della fazione del testamento, fino al giorno della prestazione del legato, è a vantaggio e respettivamente a danno del legatario (*Instit.*, § 18, 19, 20, *de legatis*, II, 20; fr. 21; fr. 22, *Dig. de legatis*, XXX). Il legatario ha diritto di avere ciò che è rimasto della *universitas*, anche quando fosse un capo solo (*Instit.*, § 18, *de legatis*, II, 20).

§ 829. Osservazioni speciali sono da farsi sui legati *annui* o *mensili*, e sul *legato degli alimenti*:

a) Legato *annuo o mensile* (*legatum annuum*, *menstruum*), è quello che si deve prestare ogni anno, oppure, ogni mese (fr. 4; fr. 20, § 1; fr. 23; fr. 24, *Dig. de annuis legatis*, XXXIII, 1). Il legato annuo o mensile, a vero dire, comprende più legati, dei quali quello del primo anno o del primo mese, è incondizionato, gli altri sono sottoposti alla condizione, che il legatario sia in vita al principiare di ogni successivo anno o mese (fr. 4, *Dig. de annuis legatis*, XXXIII, 1; fr. 10, *Dig. quando dies legat.*, XXXVI, 2). Il legatario acquista il diritto al legato annuo o mensile, subito che l'anno o il mese è incominciato: ed ancorchè egli muoia poco dopo il principiare dell'anno o del mese, il suo erede ha diritto a ricevere l'intiero legato per l'anno o pel mese cominciato (fr. 6, 8, 22, *Dig. de annuis legatis*, XXXIII, 1; fr. 12 *pr.*, § 1 e 3, *Dig. quando dies legatis*, XXXVI, 2).[1] Per spiegare tale disposizione

per la scelta da farsi dall'erede si applica a quella da farsi dal legatario (articolo 873).

Nel legato alternativo la scelta *si presume* lasciata all'erede (art. 874).

Se l'erede o il legatario cui compete la scelta non ha potuto farla, questo diritto si trasmette al suo erede. La scelta fatta è irretrattabile.

Se delle cose appartenenti al genere od alla specie legata una sola ve ne è nel patrimonio del testatore, l'erede o il legatario non può pretenderne altra fuori del patrimonio, eccettuato il caso di espressa contraria disposizione (articolo 875).

[1] L'articolo 867 dispone: Nel legato di una *determinata quantità da soddisfarsi a termini periodici*, come in ciascun anno, in ciascun mese, od in altro

legislativa si dice, che questi legati annui o mensili facendo le veci di un capitale assegnato per la sussistenza del legatario, debbono essere pagati anticipatamente. Di regola questo legato si estingue con la vita del legatario (fr. 4, *in f.*; fr. 8, *Dig. de annuis legat.*, XXXIII, 1), ma se dal testatore furono chiamate a goderne anche gli eredi, allora passa di erede in erede (*cost.* 22, *Cod. de legatis,* VI, 37); e se fu lasciato ad una corporazione indefettibile, dura fino all' estinzione della medesima (fr. 6; fr. 20, § 1, *Dig. de annuis legat.*, XXXIII, 1).

b) *Il legato degli alimenti* di regola contiene, vitto, vestiario, abitazione, ma non le spese di educazione per fare apprendere un' arte od una scienza (fr. 6; fr. 7, *Dig. de alim. legat.*, XXXIV, 1); affinchè contenga le spese di educazione, deve resultare la volontà del testatore di comprendervele (fr. 7, *Dig. eod.*).[1] Il legato delle spese di educazione all' incontro, si intende esteso anche agli alimenti (fr. 23, *Dig., de alim. leg.*, XXXIV, 1.) Il legato del vitto non comprende il vestiario, nè l' abitazione (fr. 21, *Dig. eod.*). Per fissare la misura degli alimenti, prima ispezione necessaria, è quella diretta ad assicurarsi se il testatore fosse solito di mantenere la persona cui lasciò il legato. Ove ciò venisse constatato, allora si ritiene che abbia voluto lasciarle in morte, quanto soleva darle in vita (fr. 22, *Dig. de alim. vel cib. leg.*, XXXIV, 1). Se il testatore che era solito somministrare *gli alimenti* ad una data persona, le lascia a titolo di legato: *gli alimenti che era solito di darle in vita* (*quæ vivus prestabat*), ove

tempo, il primo termine comincia dalla morte del testatore, ed il legatario acquista il diritto a tutta la quantità dovuta pel termine in corso, ancorchè fosse in vita soltanto al principio di esso.

Il legato però non può esigersi, se non dopo scaduto il termine. Si può tuttavia esigere al principio del termine il legato a titolo di alimenti (art. 867).

[1] Per l'articolo 846 il legato di alimenti comprende il vitto, il vestito, l'abitazione e le altre cose necessarie durante la vita del legatario, e può anche estendersi secondo le circostanze all' istruzione conveniente alla sua condizione (art. 846).

Abbiamo detto altra volta come la legge imponga l' obbligo degli alimenti fra ascendenti e discendenti (vedi vol. I, lib. I, nota al § 166, ed il Codice civile, art. 138 e 139). La reciproca obbligazione degli alimenti ha pure luogo ancora tra suocero, suocera, genero e nuora. Questa obbligazione cessa: 1° quando la suocera o la nuora sia passata a seconde nozze, 2° quando il coniuge da cui derivava l' affinità ed i figli nati dalla sua unione con l' altro coniuge ed i loro discendenti sieno morti (art. 140). Alla somministrazione degli alimenti *strettamente necessari* hanno diritto anche i fratelli e le sorelle, quando per un difetto di corpo o di mente, o per qualsivoglia altra causa *non imputabile a loro colpa,* non se li possono procacciare (art. 141).

L' obbligo degli alimenti cade in primo luogo sul coniuge, in secondo luogo

il testatore non li avesse sempre prestati nella stessa quantità, bensì ora maggiori ora minori, il legato dovrà regolarsi sulla quantità che fu data nel tempo ultimo precedente alla morte del testatore (fr. 14, § 2, *Dig. de alim. vel cib. legat.*, XXXIV, 1). Se poi il testatore non avesse determinata la misura degli alimenti, e non li avesse mai prestati al legatario, l'ammontare dei medesimi deve essere tassato dal giudice, il quale in siffatta tassazione deve prendere in considerazione ciò che il testatore per avventura avesse dato a titolo di alimenti, ad altra persona di condizione uguale al legatario, e più poi la entità del patrimonio del testatore, la condizione del legatario, i vincoli di sangue o di affetto più o meno stretti, che univano il legatario al testatore (fr. 22, *Dig. de alim. vel cib. leg.*, XXXIV, 1), Il legato degli alimenti si intende esteso a tutta la vita del legatario, quando il testatore non avesse stabilito diversamente (fr. 14, *Dig. eod.*). Le leggi Romane favoriscono in modo speciale questo legato; e di vero:

1° È valido, sebbene lasciato a persona incapace di essere erede (fr. 11, *Dig. eod.*; fr. 3, *Dig. de his quæ pro non script.*, XXXIV, 8).

2° Si interpreta come esteso alla *piena pubertà* (cioè ai 18 anni nei maschi, ai 14 nelle femmine), sebbene fosse stato lasciato fino alla *pubertà* del legatario (fr. 14 *pr.*, § 1, *Dig. de alim.*, XXXIV, 1).

§ 830. Eziandio i *fatti* possono essere obietto di legato, perchè questi pure possono essere utili al legatario, e di qualche onere all'erede; invalido per altro sarebbe un legato che obbligasse l'erede alla prestazione di un fatto illecito, turpe, ridicolo, o illusorio (fr. 112, § 3, *Dig. de legat.*, XXX).

III. MODALITÀ DEI LEGATI.

§ 831. Un legato può essere lasciato puramente (*pure*) o con apposizione di termine (*sub die*), di condizione (*sub conditione*)

sopra i discendenti, in terzo luogo sopra gli ascendenti, in quarto luogo sopra il genero e la nuora, in quinto luogo sopra il suocero e la suocera, in ultimo sopra i fratelli e le sorelle. Fra i discendenti la gradazione è regolata dall' ordine con cui essi sarebbero chiamati alla successione legittima della persona che ha diritto agli alimenti (art. 142). Sulla misura degli alimenti dovuti per legge e sul modo di somministrarli, vedi gli articoli 143, e seguenti.

di causa (*sub causa*), o di modo (*sub modo*). Le regole proprie di queste modalità quando apposte all'istituzioni dell'erede, valgono pure ove le modalità stesse, sieno applicate ai legati (vedi sopra, § 632, lett. C). Così per esempio le condizioni affermative impossibili, fisicamente o moralmente, anche nei legati si ritengono come non scritte (vedi sopra, § 632, lett. *c*): la *cauzione Muciana* è applicabile eziandio ai legati (vedi sopra, § 632, lett. *e*); le condizioni *captatorie*, sono proibite ancora nei legati (fr. 64, *Dig. de legatis,* XXX: (vedi sopra, § 632, lett. *g*). Nei legati, alla pari che nelle istituzioni in erede, *falsa causa non nocet.* (*Instit.*, § 31, *de legatis,* II, 20; ULP., XXIV, 19; fr. 17, § 2; fr. 72, § 6, *de condit et demonstrat.,* XXXV, 1: vedi sopra, § 632, III). Per i legati valgono le stesse regole esposte intorno all'istituzione fatta *sub modo* (fr. 17, § 4, *de condit. et demonstrat.,* XXXV, 1: (vedi sopra, § 632, IV).[1] Ma per altra parte sono da fare le seguenti osservazioni:

a) La condizione *risolutiva*, ed il termine *certo* (sia pure *a quo* o *ad quem*), mentre non possono apporsi alla istituzione in erede, possono apporsi ai legati: perchè in questi non hanno come in quella, per effetto la violazione della regola: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

b) Prima di Giustiniano, non era lecito lasciare un legato che si dovesse prestare *dopo la morte dell'erede o del legatario,* o la vigilia della morte dell'erede o del legatario (*post mortem heredis aut legatarii — pridie quam heres aut legatarius morietur; Instit.,* § 35, *de legatis* II, 20). Si diceva incivile il legato da prestarsi dopo la morte dell'erede, perchè sembrava che quel legato non facesse carico all'erede, ma all'erede dell'erede, *quod juris civilis ratio non patitur* (ULP., XXIV, 16; PAOLO, III, 6, 5; GAJO, II, 232); si diceva parimente incivile il legato da prestarsi *dopo la morte del legatario,* (*post mortem legatarii*), perchè il giorno della prestazione verificandosi quando il legatario non esiste più, il legato non può essere da lui acquistato, e per conseguenza neppure trasmesso ai suoi eredi; mentre si riconosceva valido il legato prestabile *cum ipse legatarius morietur:* il legatario vivendo tuttora, quando spira l'ultimo fiato (PAOLO, III, 6, 6; fr. 79, *Dig. de cond. et demonstrat.,* XXXV, 1; fr. 4, *Dig. quando*

[1] Concordano gli articoli, 849, 855, 852, 820 del Codice Civile.

dies legat. cedat, XXXVI, 2). Si diceva nullo il legato prestabile, la *vigilia della morte del legatario o dell'erede* (*pridie quam heres aut legatarius morietur*), perchè si osservava, che qual giorno sia la vigilia della morte, non può constatarsi se non dopo la morte, e dopo la morte il legatario non può acquistare il legato, e per conseguenza non può trasmetterlo agli eredi (GAJO, II, 232, 233). Ma Giustiniano dichiarò validi tutti questi legati, perchè come fedecommessi, validi sarebbero stati (ULP., XXV, 8; GAJO, II, 277; fr. 5, § 1, *Dig. de legat.*, XXXII), ed egli volle parificati in tutto e per tutto i legati ai fedecommessi (*Instit.,* § 35, *de legatis*, II, 20; *cost.* 11, *Cod. de contrah. et commit. stip.,* VIII, 38; *cost. un.*, *Cod. ut. act. ab hered. et contra hered. incip.,* IV, 11).

c) Nel diritto Giustinianeo, è permesso al testatore di *condannare* l'erede a prestare a titolo di legato a taluno una qualche cosa, pel caso in cui l'erede stesso omettesse un'azione dal testatore impostagli, o commettesse qualche azione vietatagli. Questo legato, detto: *legatum pœnæ nomine ad coercendum heredem relictum*, in diritto Antico si reputava inutile (GAJO, II, 235, 236, 243; ULP., XXIV, 17); Giustiniano invece ordinò, che se all'erede era imposta un'azione od una omissione, che non fosse illegale, immorale, o impossibile, siffatto legato avesse da sortire efficacia (*Instit.*, § 36, *de legatis,* II, 20; *cost. un., Cod. de his quæ pœnæ nomine,* VI, 41).

d) È *dubbioso* se si *potesse* per diritto Romano, fare dipendere un legato dalla volontà di un terzo [1] ma è certo che non poteva farsi dipendere dal *mero arbitrio* dell'erede (fr. 43, § 2, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 46, § 3, *Dig. de fideicom. lib.,* XL, 5).

IV. ACQUISTO DEI LEGATI ED EFFETTI DELL'ACQUISTO.

(*Dig.,* lib. XXXVI, tit. 2, *quando dies legati vel fideicommissi cedat; Cod.,* lib. VI, tit. 51, *de caducis tollendis;* tit. 53, *quando dies legati vel fideicommissi cedit.*)

§ 832. Intorno all'acquisto dei legati, è necessario inten-

[1] Sono da consultare su questa questione: i fr. 43, § 2. *Dig. de legatis,* XXX; fr. 1, *D g. de legatis,* XXXI; fr. 11, § 7, *Dig. eod.*, XXXII; fr. 52, *Dig. de condit. et demonstrat.,* XXXV, 1; fr. 46 *pr.*, § 1 a 5, *Dig. de fidei-comm.,* lib. XL, 5).

dere bene, le due espressioni testuali, *dies legati venit, dies legati cedit.*

a) *Dies legati cedit,* vuol dire che è giunto il momento, nel quale il legatario ha acquistato il diritto sul legato, attalchè può trasmettere quel diritto ai propri eredi: *si post diem legati cedentem, legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum* (fr. 5 *pr., Dig. quando dies legat. ced.* XXXVI, 2).

b) *Dies legati venit* significa che è giunto il momento nel quale il legatario può esercitare il diritto acquistato sul legato, cioè, può esigere la prestazione del legato: *cedere diem significat incipere debere pecuniam; venire diem, significat eum diem venisse, quo pecunia peti potest* (fr. 213 *pr., Dig. de verb. signif.,* L, 16). Ciò premesso, esaminiamo le regole relative all'*acquisto del diritto sul legato,* e poi quelle relative all'*esercizio del diritto acquistato.*

§ 833. Circa all'acquisto del diritto sul legato, bisogna procedere con una distinzione.[1]

[1] Se a taluno è lasciato un legato *sotto condizione* o dopo un *certo tempo,* chi è gravato del legato può essere costretto a darne cauzione od altra sufficente cautela al legatario (art. 856), altrimenti sarà dato alla cosa legata un amministratore (art. 857). Nei casi identici, per diritto Romano, il legatario aveva diritto di esigere dalla persona gravata del legato un fideiussore (fr. 1 *pr.,* e § 2, o fr. 5, *Dig. ut legat. seu fideic.*)

Qualunque legato *puro e semplice* attribuisce dal giorno della morte del testatore il diritto al legatario, *trasmissibile ai suoi eredi,* di conseguire la cosa legata (art. 862).

Per diritto Romano i legati contenuti in un testamento erano subordinati nella loro efficacia all'adizione per parte dell'erede; dipendevano da essa, poichè se l'erede repudiava l'eredità o moriva avanti di averla adita, tutto il testamento era invalidato, ed i legati non erano più dovuti. Egli è vero che si diceva che i legati erano dovuti dal momento della morte del testatore (fr. 7 *pr.,* e § 1; fr. 19, § 2, *Dig. quando dies legat.*); ma era questa una finzione per la quale si faceva retroagire l'adizione dell'eredità fino al giorno della morte del testatore. Cotale finzione non aveva luogo pei legati di diritti strettamente inerenti ad una data persona (*cum persona cohærent*); per questi legati si considerava soltanto il momento dell'adizione dell'eredità, e non il momento della morte del testatore, perchè, come è detto nel testo alle presenti note, la finzione in discorso sarebbe tornata inutile agli eredi del legatario.

Pel Codice nostro la caducità dell'istituzione non ha effetto alcuno per riguardo ai legati. Ogni disposizione testamentaria, sia pure a titolo singolare si sostiene da per sè; se non farà carico all'erede testamentario, farà carico all'erede legittimo: il perchè il legatario acquista il diritto al legato puro e semplice *in ogni caso* dal giorno della morte del testatore (*dies cedit* dalla morte del testatore). Se il legato *è a termine,* il legatario acquista diritto al legato sempre dal dì della morte del testatore, ma non può esigerne la consegna prima del termine (*dies cedit, nondum venit*). Se il legato è *condizionale,* non si acquista diritto al medesimo se non dal momento in cui la condizione si verifica, per guisa che se il legatario muore nell'intervallo fra il decesso del testatore e il momento in cui la condizione si verifica, il legato non passa agli eredi

a) Nel legato ***puro***, nel legato ***sub modo***, nel legato ***sotto condizione risolutiva***, nel legato a ***termine certo*** (***ex die certo, in diem, post diem***), il legatario acquista diritto sul legato (***dies cedit***), al momento della morte del testatore; e da quel momento trasmette tal diritto ai propri eredi (fr. 5, § 1, *Dig. quando dies legati cedit*, XXXVI, 2; *cost. un.*, § 1, 5, *Cod. de cad. toll.*, VI, 51). [1] Per altro se il legato fosse tanto inerente alla persona del legatario (*nam cum persona cohæreat*), che non potesse da lui trasmettersi ai propri eredi (come è il legato di una servitù personale, e il legato della libertà), allora il legatario acquista diritto sul legato (*dies cedit*), non già dal momento della morte del testatore, bensì da quello in cui l'erede fa l'adizione dell'eredità (fr. 2; fr. 3; fr. 5, § 1; fr. 9, *Dig. quando dies leg. ced.*, XXXVI, 2); il legatario acquista dunque diritto sul legato, nel momento che può esercitarlo: non prima. Ciò non è strano; perchè per gli eredi del legatario è inutile, che egli l'acquisti prima (vale a dire alla morte del testatore), ogni qualvolta, egli non può per l'indole di quel legato trasmetterlo ad essi (*nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit* (fr. 3, *Dig. eod.*).

b) Nel legato lasciato sotto ***condizione sospensiva***, o con apposizione di ***termine incerto***, il legatario acquista il diritto sul le-

del legatario (art. 853). «ivi» Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione sospensiva è priva di effetto, se la persona a cui favore è fatta, muore prima che siasi verificata la condizione.

Il legatario, eziandio pel Codice nostro, deve domandare all' erede il possesso delle cose legate (art. 863 col quale concorda il titolo *quod legatorum*. *Dig.* lib. XLIII, tit. 3, *Cod.* lib. VIII, tit. 3), non può dunque prenderne possesso da sè arbitrariamente. Alla morte del testatore acquista la proprietà del legato, ma non il possesso. Ma se il legatario fosse in possesso della cosa legatagli, crediamo che potrebbe mantenervisi.

Il legatario non può pretendere i frutti o gli interessi che dal giorno della domanda giudiziale, o dal giorno in cui la prestazione del legato fosse stata promessa (art. 864).

Gli interessi o i frutti della cosa legata decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte del testatore:

a) quando il testatore lo abbia espressamente ordinato.

b) quando il legato sia di un fondo o di un capitale o d' altra cosa fruttifera (art. 865).

Così quest' articolo toglie di mezzo i dubbi cui dava luogo il disposto del fr. 42, *Dig. de usuris*, e delle *cost.* 1 e 2, *Cod. de usur. et fruct.*

[1] Le leggi *Julia et Papia Poppea* nelle loro disposizioni sui *caduca*, avevano modificato il diritto antico per riguardo al *dies cedit* nei legati *puri e semplici*, avevano cioè stabilito: che il legatario acquistasse diritto sui medesimi, e per conseguenza lo trasmettesse ai propri eredi, non già il giorno della morte del testatore, bensì il giorno dell'apertura del testamento; ma Giustiniano ristabilì in vigore il diritto Antico (*cost.* 1, § 15, *Cod. de cad. toll.*, VI, 51).

gato (*dies cedit*), dal momento in cui la condizione si purifica, o il termine scade (fr. 5, § 2, *Dig. eod.; cost. un.*, § 7, *Cod. de caduc. toll.,* VI, 51). Ma se il termine *incerto* è tale che, debba necessariamente verificarsi durante la vita del legatario (p. e., se è il giorno della morte del legatario (fr. 79, *Dig. de condit. demonstrat.,* XXXV, 1); oppure se il termine incerto è apposto, non già all'obbligo di prestare il legato, bensì alla prestazione effettiva, il legatario acquista diritto sul legato (*dies cedit*) dal momento della morte del testatore (fr. 46; fr. 62, § 1, *Dig. ad SC. Trebell.,* XXXVI, 1; fr. 26, § 1, *Dig. quando dies legat. ced.,* XXXVI, 2; *cost.* 5, *Cod. eod.,* VI, 53).

§ 834. Circa all'esercizio del diritto acquistato sul legato, è da osservare, che può venire esercitato (*dies venit*) soltanto dopo l'adizione dell'eredità (fr. 32 *pr., Dig. de legatis,* XXXI); se non che nei legati *ex die certo,* può venire esercitato soltanto alla scadenza del termine certo (fr. 21 *pr., Dig. quando dies legati ced.,* XXXVI, 2).

§ 835. È di massima importanza il non confondere, l'acquisto dei diritti che formano obietto del legato, con l'acquisto del diritto sul legato; a mo' di esempio l'acquisto della servitù personale dell'usufrutto, legata, con l'acquisto del diritto sul legato di usufrutto. Il diritto sul legato si acquista appena *dies legati cedit,* e si acquista *ipso jure* anche ad insaputa del legatario, e senza bisogno di accettazione (fr. 81, § 6, *Dig. de legatis,* XXX; fr. 75, § 1; fr. 80, *Dig. de legatis,* XXXI); ma circa all'acquisto dei diritti, che il legato conferisce, ossia dei diritti che sono obietto del legato, è giuoco forza procedere con distinzioni:

a) Il legatario in generale acquista la proprietà delle cose legategli, per la *tradizione* che gliene faccia l'erede; ma della *specie legata ch'era proprietà del defunto,* acquista il dominio *ipso jure* senza bisogno di tradizione, dal dì della adizione dell'eredità (fr. 44, § 1; fr. 81, § 6; fr. 86, § 2, *Dig. de legatis,* XXX; fr. 80, *Dig. de legatis,* XXXI); delle cose indicate per loro *genere,* o per la loro *quantità,* e delle cose *altrui,* acquista il dominio soltanto mediante la tradizione (fr. 80, *Dig. de legatis,* XXXI; fr. 69 *pr.;* fr. 86, § 2, *Dig. de legatis,* XXX).

b) Acquista *ipso jure* dal momento dell'adizione dell'eredità, l'*ius in re*, legatogli sopra una cosa di proprietà del testatore.

c) Del credito legatogli può procurarsi il pagamento, mediante la cessione delle azioni fattagli dall'erede, sebbene in gius Nuovo possa esercitare quelle azioni come *utiles*, senza bisogno di cessione (vedi sopra, § 827).

§ 836. Il diritto sul legato, si acquista *ipso jure* dal legatario, anche a sua insaputa, appena *dies legati cedit*, ma egli ha facoltà di rinunziarvi, e la sua rinunzia lo fa considerare come se non avesse mai avuto diritto su quel legato (fr. 38, § 1; fr. 44, § 1; fr. 86, § 2, *Dig. de legatis*, XXX); per altro, a lui non lice accettarlo in parte, ed in parte rinunziarvi (fr. 38 *pr.*, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 4; fr. 58, *Dig. de legatis*, XXXI); nè è permesso al legatario, cui furono lasciati due o più legati, uno dei quali aggravato da un onere: esimersi da tale onere, rinunziando al legato solo, sul quale l'onere è imposto; imperocchè siffatta rinunzia, non lo libererebbe da quell'onere (fr. 5 *pr.*, § 1; fr. 23, *Dig. de legatis*, XXXI; fr. 10, *Dig. de usu et usufr.*, XXXIII, 2).

V. JUS ACCRESCENDI

nei legati.[1]

(*Cod.*, lib. VI, tit. 51, *de caducis tollendis.*)

§ 837. Il *gius accrescendi*, fu detto poco sopra (vedi § 771). ha luogo non soltanto fra coeredi, bensì ancora fra collegatari, cioè fra le *persone, cui una cosa stessa è stata lasciata nel medesimo testamento.* È importante avvertire, che la stessa cosa può essere lasciata a più collegatari, nel medesimo testamento in tre maniere diverse, corrispondenti a quelle nelle quali i più coeredi possono essere chiamati alla medesima eredità. Di qui deriva, che eziandio fra i collegatari, si distinguono:

a) I *conjuncti re tantum*, o *re non etiam verbis*, vale a dire quelli, cui la *cosa stessa* è stata lasciata, ma in *proposizioni diverse* (*disjunctim, separatim*).

b) I *conjuncti re et verbis*, cioè quelli, cui la *cosa stessa* è stata lasciata, e nella *medesima proposizione* (*conjunctim*).

[1] Relativamente al diritto di accrescimento fra legatari pel Codice Civile italiano, vedi quanto abbiamo detto relativamente al diritto di accrescimento fra eredi (nota al § 774).

c) I *conjuncti verbis tantum*, ossia quelli, cui nella *medesima proposizione* è stata lasciata la *cosa stessa*, ma questa è stata lasciata per *porzioni determinate*; i quali possono chiamarsi anche *re disjuncti*, perchè sebbene sia stata loro lasciata la cosa stessa, siccome ad ognuno ne fu lasciata una porzione determinata e distinta, sono in una posizione analoga a quella in cui sarebbero, ove ad ognuno di essi fosse stata lasciata una cosa differente.

§ 838. Le regole del *gius accrescendi* fra i coeredi e fra i collegatari, non sono state sempre uguali, hanno variato a seconda dei tempi, e si possono distinguere tre epoche principali in cui subirono capitali modificazioni, vale a dire: 1° l'epoca anteriore alla legge Papia Poppea; 2° l'epoca posteriore a questa legge; 3° l'epoca Giustinianea.

Iª *Epoca*. Avanti la legge Papia Poppea il *gius accrescendi* fra i collegatari (giacchè è di questi che ci dobbiamo qui occupare) si fondava sulla circostanza, che la *cosa stessa* fosse stata lasciata, e *lasciata per intiero*, in *proprietà* a ciascheduno dei più collegatari; non importava poi se fosse loro stata lasciata nella stessa proposizione o in proposizioni diverse, o come allora si diceva, *conjunctim* oppure *disjunctim*. Ma non aveva luogo il *gius accrescendi*, se non era stata lasciata la *proprietà* della cosa, se non era stata lasciata la *cosa stessa*, o se essendo stata *lasciata* la cosa stessa, non era stata lasciata, a ciascun *legatario per intiero*, bensì invece per porzioni determinate. Dalla formula adoperata dal testatore nell'ordinare il legato, dipendeva il *gius accrescendi*. Dimostriamolo.

a) Se il legato era ordinato per *vindicationem*, o il testatore avesse conceduto la *vindicatio* (e per conseguenza la proprietà) ai più collegatari nella stessa proposizione (*conjunctim*) oppure in proposizioni diverse (*disjunctim*), avesse cioè detto: *Titio et Sejo fundum Capenatem do, lego*; oppure avesse detto: *Titio fundum Capenatem do, lego. Sejo eumdem fundum Capenatem, do, lego*; il diritto di accrescere aveva sempre luogo; vale a dire, se uno dei collegatari veniva a mancare o se il legato si doveva considerare *pro non scripto*, perchè invalido fino da primo, la sua porzione si accresceva all'altro legatario (Gajo, II, 199; Ulp., XXIV, 12; Fragm. Vatic., § 75 a 88). Infatti, la formula di questo legato esprimeva, che la *proprietà* della cosa era lasciata per *intiero*

a ciascuno dei collegatari (*in solidum habuerant*); e sebbene dovessero dividersela perchè concorrevano (*cuncursu res divisa est*), appena quel concorso cessava o non aveva luogo, sortiva pieno effetto la disposizione del testatore, che aveva lasciato la cosa *intiera* a ciaschedun legatario, ed intiera l'acquistava il legatario rimasto solo. Per cui a parlare propriamente, si verificava più presto un *jus non decrescendi*, che un *jus accrescendi*. Ove poi la cosa stessa lasciata in proprietà ai più collegatari, fosse stata lasciata per parti determinate, sebbene lasciata nella stessa proposizione (p. e., se il testatore avesse detto: *Titio et Sejo fundum Capenatem æquis partibus do, lego*) fra i collegatari non si sarebbe verificato *jus accrescendi*: la formula medesima di questo legato dimostrando che a ciascun di loro era trasferita una parte determinata della cosa, e perciò quasi una cosa diversa. Tali legatari, non essendo uniti per nessun vincolo di comproprietà, in quest'epoca furono anche detti *disjuncti*, dietro il riflesso che *quamvis ET syllaba conjunctionem faciat.... non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur* (fr. 66, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5); soltanto in seguito furono detti *conjuncti verbis tantum*.

b) Se il legato era ordinato *per damnationem*, non davasi mai luogo al *gius accrescendi* fra i collegatari. E di vero, se i collegatari erano riuniti nella stessa proposizione (p. e., se il testatore avesse detto: *heres meus fundum Capenatem Titio et Sejo damnas esto dare*), questi collegatari acquistavano un credito a comune contro l'erede; ma i crediti a comune, essendo per disposto di legge divisi fra i più concreditori, ognuno di detti legatari aveva azione contro l'erede *pro rata*, e non aveva nessun rapporto con l'altro. L'indole essenzialmente divisibile dell'obbligazione (ossia del credito dei legatari, e del debito dell'erede), produceva dunque, nel legato *per damnationem*, l'effetto stesso che nel legato *per vindicationem* produceva la divisione per quote della proprietà della cosa legata, operata dal testatore; onde con molta verità ed esattezza è detto, nei Frammenti Vaticani, su questo proposito: *jus accrescendi cessat: non immerito, quoniam damnatio partes facit* (FRAGM. VATIC., § 85; GAJO, II, 206). Se poi i collegatari erano stati ricordati dal testatore in proposizioni diverse: (p. e., se il testatore aveva detto: *Heres meus fundum Capenatem, Titio damnas esto dare*, e *Heres meus fundum*

Capenatem, Sejo damnas esto dare), ognuno di questi legatari aveva diritto di chiedere tutto il fondo all'erede, ognuno aveva un credito distinto e separato; e l'uno avrebbe ottenuto il fondo, l'altro la stima (GAJO, II, 205). Ma appunto perchè in tal caso vi sarebbero stati tanti crediti distinti e separati, quanti erano i legati: uno dei legatari non aveva nulla da sperare dall'altro, e al mancare dell'uno, l'altro non acquistava nulla da lui.[1] Riepilogando: il legato della *proprietà intiera* della cosa, ordinato a ciascuno fra' più legatari (che tale è in sostanza il legato ordinato *per vindicationem*), conferiva a ciascheduno di loro la *proprietà* della cosa legata, ma questa proprietà, più essendo i subietti, diveniva necessariamente pel loro concorso una comproprietà, la quale per altro riprendeva il pristino carattere al cessare di quel concorso: onde il *gius accrescendi*. Il legato di un credito contro l'erede, ordinato a favore di più legatari (chè tale è in sostanza il legato ordinato *per damnationem*), non faceva nascere mai nessuna comunione fra i più creditori, perchè il credito era *ipso jure* diviso fra loro fin da principio; dunque impossibilità giuridica di *gius accrescendi*.

II^a *Epoca*. Le leggi *Julia et Papia Poppea* nell' intendimento di punire il celibato e la sterilità, e di premiare la paternità, privarono del *gius accrescendi*, gli *orbi* ed i *celibi*. Per eccezione lo lasciarono in vigore a favore di quelli *orbi e celibi* che erano ascendenti o discendenti del testatore fino al terzo grado (*ULP.*, XVII). Le porzioni che sarebbero toccate, in forza del *gius accrescendi*, agli *orbi* ed ai *celibi*, furono da quelle leggi dichiarate *caduca*, ed attribuite agli eredi o a quei legatari dello stesso testamento, che avessero avuto figliuolanza, che fossero stati cioè padri (*patres*); ed in mancanza di essi attribuite al Fisco (vedi GAJO, II, 206, 207). I legatari e gli eredi che avevano figli (*patres*), acquistavano siffatte porzioni, non già per *gius accrescendi*, ma per un *jus caduca vindicandi*, che era un modo di acquistare il dominio derivante dal disposto di legge: dalla *lex* (vedi vol. I, lib. 2, § 89). Le leggi *Julia et Papia Poppea* vollero, che questi *patres* acquistassero eziandio le porzioni di quei legatari, che per qualche ragione di diritto Civile, non potevano essere da loro acquistate; e siffatte porzioni avendo, per le ricordate leggi, la

[1] Era disputa come si verificasse il *gius accrescendi*, se il legato era ordinato *per præceptionem*, o *sinendi modo*. (Vedi GAJO, II, 215, 223.

stessa sorte dei *caduca*, furono dette essere nella condizione dei *caduca, in causa caduci*. Osservammo altrove (vedi sopra, § 833 in nota), che le leggi *Julia* e *Papia Poppea*, per aumentare i casi di caducità, avevano stabilito ancora, che i legati *puri e semplici* non si acquistassero dal legatario, e per conseguenza non si trasmettessero da lui a' propri eredi, dal momento della morte del testatore, bensì in quello dell'apertura del testamento. Per altro non si consideravano come *caduca*, nè come *in causa caduci*, quelle liberalità del testatore, che essendo nulle fino da primo, si ritenevano *pro non scriptis*. Queste liberalità, erano sempre sottoposte al *gius accrescendi* a favore dei legatari. Caracalla per una veduta fiscale, attribuì al Fisco tutti i *caduca* (ULP., XVII, 2); i *patres* non furono dunque più remunerati della loro paternità con l'acquisto dei *caduca*, ma gli *orbi* ed i *celibi* seguitarono ad essere puniti per impinguare il Fisco.

III^a^ *Epoca*. Le leggi *caducarie*, soppresse in parte da Costantino e da Teodosio (*cost.* 1 e 2, *Cod. de infirm. pœn. cœlib.*, VIII, 58; *cost.* 1, § 5, *Cod. de cad. toll.*, VI, 51), furono da Giustiniano abrogate del tutto (vedi *Cod. de cad. toll.*, VI, 51), il *gius accrescendi* venne ristabilito, e la scadenza del legato puro e semplice fu riportata alla morte del testatore. Ma quell'imperatore avendo parificato negli effetti i legati tutti, qualunque fosse la formula adoperata per ordinarli, fossero cioè concepiti o per *vindicationem*, o *per damnationem*, o *sinendi modo*, o *per præceptionem*, era un bisogno stabilire un sistema nuovo pel *gius accrescendi* fra i collegatari; ed è questo sistema stabilito da Giustiniano, che ora andiamo ad esporre.

§ 839. Nel diritto Giustinianeo, il *gius accrescendi* fra i collegatari si fonda sulla presunta volontà del testatore: si presume cioè, che il testatore, quando congiunse in uno stesso legato più persone, volesse che la porzione non acquistata da una di esse, e perciò rimasta vacante, si deferisse più presto ai collegatari, che all'erede. Ma affinchè possa farsi luogo al *gius accrescendi* fra i collegatari, è necessario:

a) che il testatore non l'abbia proibito. E proibirlo fra i collegatari egli può, senza violare la regola: *nemo pro parte* ec., come la violerebbe vietando il *gius accrescendi* fra coeredi testamentari (vedi sopra, § 771).

b) che uno dei collegatari venga a mancare, prima di avere

acquistato il diritto sul legato, e per conseguenza, prima di averlo trasmesso ai propri eredi.

c) che i collegatari sieno *conjuncti re*, o *re et verbis*; fra i *conjuncti verbis tantum*, non ha luogo il *gius accrescendi*, perchè essendo loro lasciata la cosa per parti determinate, sono come legatari di cose diverse (fr. 1; fr. 11, *Dig. de usufr. accr.*, VII, 2).

§ 840. Il *gius accrescendi* ha luogo diversamente a seconda del modo di congiunzione:

a) fra i *conjuncti re et verbis*, l'*jus accrescendi* è volontario; ha luogo soltanto quando la persona che vi ha diritto lo vuole; ma si verifica *cum suo onere*, vale a dire, il legatario che profitta del *gius accrescendi*, acquista la porzione vacante con tutti gli oneri che sulla medesima furono imposti.

b) fra i *conjuncti re tantum*, l'*jus accrescendi* è necessario; avviene anche contro la volontà del collegatario, ma la porzione vacante si acquista da lui *sine onere* (*cost. un.*, § 11, *Cod. de cad. toll.*, VI, 51). In questo caso piuttosto che un *gius accrescendi* esiste un *gius non decrescendi*, perchè la cosa è lasciata dal testatore per intiero a ciascun legatario; è soltanto pel loro concorso che se la dividono; cessato il concorso, cessa la divisione (vedi sopra, § 838, lett. *a*).

§ 841. Sussistendo più di due collegatari, la porzione vacante è acquistata dagli altri in proporzione della loro quota (fr. 41, *Dig. de legatis*, XXXI). E se coesistono collegatari *conjuncti re tantum*, e collegatari *conjuncti re et verbis*, al mancare di un *conjunctus re et verbis*, la sua porzione si accresce a quelli che sono *conjuncti re et verbis* seco lui; ed al mancare di un *conjunctus re tantum*, la sua pòrzione si accresce a tutti gli altri collegatari, sieno essi *conjuncti* seco *re tantum*, o *re et verbis*, in proporzione della loro primitiva quota (*Instit.*, § 8, *de legatis*, II, 20; *cost. un.*, § 10, *Cod. de caduc. toll.*, VI, 51; fr. 89, *Dig. de legatis*, XXXII; fr. 41 *pr.*, *Dig. de legatis*, XXXI.)

VI. DELLA LEGGE FALCIDIA.[1]

(*Instit.*, lib. II, tit. 22, *de lege Falcidia*; *Dig.*, lib. XXXV, tit. 2, *ad legem Falcidiam*; tit. 3, *si plus quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur*. tit. *Cod.* lib. VI, 50, *ad legem Falcidiam.*)

§ 842. Era lecito in origine, al testatore di esaurire tutto il proprio patrimonio in legati; ma venne tempo in cui si volle porre un limite a quell'arbitrio assoluto, ancora nell'interesse dei testatori stessi: dappoichè non fosse raro il caso, che gli eredi rifiutassero l'eredità a loro troppo poco, o punto vantaggiosa pel soverchio numero e valore dei legati. La prima legge, che tentò di porre un argine a quella sfrenata libertà di legare, fu la legge *Furia* testamentaria (probabilmente dell'anno 571 di Roma, 183 anni avanti l'èra Cristiana, la quale vietò di acquistare (*capere*) un legato che superasse i 1000 assi, *exceptis personis quibusdam*, eccettuato cioè i congiunti fino al sesto grado, incluso il *sobrino natus* (GAJO, II, 225; ULP., XXVIII, 7; FRAGM. VATIC., § 301). Questa legge non ottenne l'intento, perchè moltiplicando i legati di 1000 assi, poteva il testatore esaurire il patrimonio (GAJO, II, 225). A raggiungere l'intento medesimo, fu promulgata la legge *Voconia* (probabilmente nell'anno 585 di Roma), per la quale fu ordinato, che niuno potesse acquistare per legato o per donazione *mortis causa*, più di quanto acquistava l'erede; ma anche tal legge tornò insufficiente; perchè il testatore facendo molti piccoli legati e donazioni, poteva lasciare presso che nulla all'erede, o nulla affatto. Fu allora emanata la legge *Falcidia* (plebiscito dell'anno 714 di Roma), in virtù della quale soltanto *tre quarti* del patrimonio poterono venire impiegati in legati; cosicchè l'erede potè sempre acquistare almeno la *quarta parte* dell'eredità (*Instit., pr., h. t.*, II, 22; GAJO, II, § 224 a 227; ULP., XXIV, 32; PAOLO, III, 8, 1). Per conseguirla, l'erede

[1] La legge Falcidia contiene disposizioni affatto sconosciute al Codice nostro. Nel sistema del Codice sono *riducibili* tutte le disposizioni che eccedano la porzione disponibile, ossia che intacchino *le porzioni legittime* (art. 821), ma se il testatore si è limitato a disporre dentro i limiti della quota disponibile, comunque all'erede che ha istituito, resti ben poco, o nulla, questi non ha alcun diritto da sperimentare.

ebbe facoltà di diminuire i legati, in proporzione del loro valore, tanto da averla libera. Le disposizioni della legge Falcidia si riferivano da primo ai soli legati, ma dal senatusconsulto Pegasiano furono estese alle eredità fedecommessarie, ed ai fedecommessi, dei quali l'erede istituito fosse onerato (*Instit.*, § 5, *de fidecom. hered.*, II, 23; GAJO, II, 254 e 256), da un rescritto di Antonino Pio fu estesa ai fedecommessi di cui fosse onerato l'erede legittimo (fr 18, *Dig. ad leg. Falcid.*, XXXV, 2), da un altro rescritto di Severo e Antonino, alle donazioni *mortis causa* (*cost.* 5, *Cod. ad leg. Falcid.*, VI, 50), e finalmente alle donazioni fra i coniugi (fr. 32, § 1, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1.) La quarta parte riserbata all'erede dalla legge Falcidia, è detta generalmente, dagli scrittori odierni, *quarta Falcidia*, ma nelle Fonti nostre, è chiamata o solamente *quarta*, o solamente *Falcidia.*

§ 843. Hanno diritto di dedurre la quarta Falcidia:

1° L'erede diretto testamentario, o legittimo (fr. 1; fr. 18 *pr.*, *Dig. h. t.*, XXXV, 2): e non solamente quando egli sia un *heres solus*, ma eziandio quando sia un *coheres*, dovendo ogni coerede avere libera la quarta parte della propria quota ereditaria (fr. 77, *Dig. eodem*). Venendo a mancare uno dei coeredi (la quota ereditaria del quale sia aggravata da qualche onere), il coerede che l'acquista, per diritto di accrescimento e che non ha aggravi sulla propria, può dedurre dalla quota che acquista per *gius accrescendi*, la *quarta*; ma se per lo opposito viene a mancare un erede, la quota ereditaria del quale non ha aggravi, il coerede che l'acquista, non può dedurre la *quarta* dalla propria quota, che fosse ad aggravi sottoposta (fr. 78, *Dig. h. t.*).

2° Il sostituito volgarmente, ed il sostituito pupillarmente (fr. 22, § 2; fr. 87, § 7, *Dig. eod.*); ma non possono dedurre la quarta, il legatario ed il fedecommessario onerati di legati e di fedecommessi (fr. 47, § 1, *Dig. eod.*); tuttavolta se l'erede per avere libera la quarta, riducesse al legatario il legato, questi avrebbe facoltà di ridurre in proporzione il legato imposto a lui stesso (fr. 32, § 4, *Dig. h. t.*).

§ 844. Per calcolare se all'erede resta libera la quarta, è necessario constatare lo stato attivo e passivo dell'eredità nel momento della morte del testatore: un aumento nell'attivo della

medesima, posteriore a quest'epoca, gioverebbe all'erede; siccome gli pregiudicherebbe un decremento (*Instit.*, § 2, *h. t.*, II, 22; fr. 30 *pr.*; fr. 73 *pr.*, *Dig. h. t.*, XXXV, 2). Dall'attivo bisogna detrarre, come passivo, tutti i debiti, le spese d'inventario, e di successione. L'attivo così depurato, va poi diviso in maniera, che un *quarto* resti libero allo erede: e tre *quarti* vengono scompartiti fra i legatari (*Instit.*, § 3, *h. t.*; fr. 1, § 19; fr. 36, § 2; fr. 39; fr. 72, *Dig. h. t.*; *cost.* 6 *pr.*, *Cod. eod.*, VI, 50). Se questi *tre quarti* dell'attivo, non bastano a pagare per intiero i legati, essi vengono ridotti in proporzione della loro stima. Ove fra i legati ve ne fossero alcuni di alimenti, di usufrutto, o di prestazioni vitalizie, questi verrebbero stimati secondo la durata della vita presunta del legatario [1]

Se il testatore avesse dichiarato quali dei legati dovessero andare sottoposti a riduzione, per lasciare libera la *quarta* all'erede, questa sua volontà dovrebbe essere rispettata (fr. 88, § 2; fr. 54, *Dig. h. t.*, XXXV, 2).

§ 845. L'erede deve imputare nella *quarta* dovutagli, quello che riceve come erede, non quello che acquista come legatario: laonde se egli è stato onorato di un prelegato, non lo imputa nella quarta, se non che per quella porzione del medesimo, che come erede dovrebbe pagare a sè stesso (fr. 74; fr. 76 *pr.*, § 1; fr. 86; fr. 91, *Dig. h. t.*).

§ 846. La detrazione della *quarta* non ha luogo:

1° nel testamento del militare, fatto *jure militari*, (*cost.* 7, *Cod. h. t.*, VI, 50). È questo uno dei tanti privilegi dei militari;

2° Se l'erede ha accettato l'eredità, senza fare inventario (*cost.* 22, § 14, *de jure delib.*, VI, 30). In tal caso non potendosi

[1] È notevole che i calcoli fatti dai Romani sulla durata probabile del vivere degli uomini nelle epoche diverse della vita, e che occorrono nelle Pandette nel fr. 68, *Dig. ad legem Falcidiam*, XXXV, 2, corrispondono esattamente a quelli, che l'esperienza fece adottare in Toscana, e che sono contenuti nella così detta scala di S. M. Nuova, ossia ragguaglio della vita dell'uomo per regola del comprare, vendere, e fare vitalizi vale a dire:

Dalla prima età, fino agli anni	20	vita probabile anni	30
Da anni 20	25		28
25	30		25
30	35		22
35	40		20
40	45		15
45	50		10
50	55		8
55	60		7
60 in là			5

constatare lo stato dell'attivo e passivo della eredità, non può neppure dimostrarsi se la *quarta* è o no libera;

3° se il testatore ha vietato tal detrazione (*Nov.* 1, cap. 2, § 2). Ove egli voglia esporsi al pericolo che l'erede istituito ricusi l'eredità pel soverchio numero dei legati, la legge non vi si oppone;

4° se l'erede ha espressamente o tacitamente rinunziato al diritto di detrarre la *quarta* (fr. 46, 71, *Dig. h. t.; cost.* 19, *Cod. eod.*). A tutti è permesso rinunziare ad un diritto;

5° se l'erede in *mala fede* tentò dissimulare dei beni ereditari in pregiudizio dei legatari (fr. 68, § 1, *Dig. h. t.*), o *dolosamente* si diportò nell'amministrazione dell'eredità (fr. 24, *Dig. eod.*). È questa una pena meritata;

6° se si tratta di legati privilegiati. Godono per privilegio l'esenzione dalla quarta:

a) i legati a favore di una causa pia (*Nov.* 131, cap. 12),

b) i legati della libertà, i quali d'altronde non sono suscettivi di stima (fr. 33, 34, 43, *Dig. h. t.*),

c) i legati che debbono imputarsi in legittima (fr. 87, § 3, *Dig. de legatis*, XXXI; *cost.* 36 *pr., Cod. de inoff. testam.*, III, 28), dovendo la legittima aversi intiera,

d) il prelegato della dote (fr. 81, § 1, *Dig. h. t.*): perchè questa ancora senza il legato dovrebbe restituirsi intiera,

e) i legati di cose, delle quali il testatore proibì al legatario l'alienazione (*Nov.* 119, cap. 11, *Auth. sed et in ea re, Cod. h. t.*, VI, 50).

VII. CAUSE DI INVALIDITÀ DEI LEGATI.[1]

(*Instit.*, lib. II, tit. 21, *de ademptione legatorum, Dig.* lib. XXXIV, tit. 4, *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.*)

§ 847. Un legato può essere invalido fino da primo, o divenirlo in seguito di tempo. È invalido fino da primo se:

[1] Eziandio nel sistema del Codice possono distinguersi dei legati *invalidi fino da principio*, da quelli che tali *divengono in progresso di tempo.*

Il legato è *invalido fino dal suo principio:*

1° se è *nullo* il testamento nel quale è stato ordinato (vedi la nostra nota al § 692 di questo secondo volume);

2° se la *causa espressa*, sia la *sola* che determinò il testatore a fare il legato, e quella resulti erronea (art. 828);

3° se è ordinato genericamente a favore dell'*anima* o *per l'anima* (arti-

1° fu lasciato a persona incapace;

2° se ne fu obietto, cosa che non può esserlo;

3° se viziosa fu la disposizione che contiene il legato. Il legato invalido nella sua origine, non può convalidarsi, comunque in seguito venga a cessare la causa di sua invalidità, giusta la regola Catoniana, *quod ab initio vitiosum est, nec tractu temporis convalescere potest.*

§ 848. Un legato può divenire invalido in seguito di tempo per diverse cause, che vogliónsi ora dichiarare.

A) Per revoca, *ademptio*. La revoca doveva essere fatta con formule solenni, nell'epoca in cui i legati con solenni formule venivano ordinati: *legatum quod datum est, adimi potest.... dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est* (ULP., XXIV, 29; II, 12). Una revoca fatta senza le formule volute dalla legge, formule contrarie a quelle adoperate nell'ordinare il legato, non era valida per diritto Civile: ma se il legatario si fosse fatto a chiedere la prestazione di quel legato, sarebbe stato respinto con l'*exceptio doli* (TEOFILO nella sua parafrasi *h. t.*). In gius Nuovo la revoca di un legato può essere fatta, senza bisogno di parole

colo 831) o col fine di istituire o dotare benefizi semplici, cappellanie laicali, ed altre simili fondazioni (art. 833).

4° Se è ordinato a favore di persona incerta in modo, da non potere essere determinata (art. 830), o incerta, ma da nominarsi da un terzo (art. 834).

5° Se la determinazione della *quantità* del legato è lasciata intieramente all'*arbitrio* dell'erede o di un terzo (art. 835).

6° Se ha per oggetto la *cosa altrui*, salvo che il testatore abbia espresso nel testamento sapere che è altrui la cosa legata (art. 837).

7° Se ha per oggetto cosa, che nel momento in cui fu fatto il testamento, *era già proprietà del legatario* (art. 843).

8° Se può qualificarsi come *cattatorio* (art. 852).

Può il legato divenire invalido *in seguito* di tempo:

1° Se il testamento in cui è contenuto *è rotto* o per revoca di tutte le disposizioni (art. 917) o per l'esistenza o sopravvenienza di figli (art. 888) o se diviene *irrito* (art. 790, 798, 803) o *destituto* (art. 853, 890. 891).

2° Se la cosa particolare o cadente sotto un certo genere od una certa specie, lasciata dal testatore *come sua*, al tempo della morte del testatore non si trova nel suo patrimonio (art. 841).

3° Se il legato essendo di cosa o di quantità da prendersi *in un certo luogo*, alla morte del testatore non vi si trova (art. 842).

4° Se il testatore aliena la cosa legata anche mediante vendita con patto di riscatto, ancorchè l'alienazione *sia nulla*, o la cosa ritorni in possesso del testatore (art. 892).

5° Se il testatore trasforma la cosa legata in un'altra, in guisa che abbia perduto la precedente forma, e la primitiva denominazione (art. 892, capoverso).

6° Se la cosa legata perisce intieramente durante la vita del testatore, o se è perita dopo la morte di lui senza fatto o colpa dell'erede, benchè questi sia stato costituito in mora a consegnarla, allorquando sarebbe ugualmente perita presso il legatario (art. 893). Ma se più sieno le cose alternativamente legate, il perire di una, non invalida il legato (art. 894).

solenni, nè di formule, perchè senza formule può il legato venire ordinato (*Instit. pr., h. t.*, II, 21). Può siffatta revoca farsi in un testamento od in un codicillo; se è fatta verbalmente, a provarla è necessaria l'attestazione di due testimoni (fr. 3, § 11, *Dig. de adim. vel transf. leg.*, XXXIV, 4, *cost.* 22, *Cod. de fideicom.*, VI, 42). Può la revoca essere anche *tacita*, vale a dire desumersi dai fatti; fatti dai quali potrebbe essere desunta sono, la cancellazione delle parole con le quali il legato fu ordinato (fr. 16, *Dig. h. t.*), la volontaria distruzione della cosa legata, e la volontaria trasformazione della medesima operata in guisa, che non possa venire ritornata al pristino stato (fr. 65, § 2, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 88, *Dig. de legatis*, XXXII), la non necessaria alienazione della cosa stessa, e l'esazione del credito o del debito legato (fr. 11, § 12, *Dig. de legatis*, XXXII, *Instit.*, § 12, 21, *de legatis*, II, 20, *cost.* 27, *Cod. de fideicom.*, VI, 42). Finalmente la revoca del legato talvolta viene presunta per legge: esempigrazia se inimicizie capitali insorsero fra testatore e legatario (fr. 3, § 11; fr. 4; fr. 22, *Dig. de adim. leg.*, XXXIV, 4), o se il testatore in una scrittura posteriore, dichiarò ingrato o malvagio colui, che aveva in precedenza onorato di un legato (fr. 29; fr. 13, *Dig. eod.*)

B) Per translazione (*translatio*), vale a dire per una modificazione che il testatore avesse fatto subire al legato, relativa sia alla persona del legatario, (*a persona in personam*) sia alla persona che deve prestarlo (*ab eo qui de ea re jussus est, ut alius det*), sia nella cosa (*cum res pro re datur*), sia finalmente nelle modalità della disposizione (*quod pure datum est, transfertur sub conditione*); insomma mediante una specie di novazione (fr. 6, *Dig. de adim. vel transf. leg.*, XXXIV, 4, *Instit.*, § 1, *h. t.*, II, 21). Affinchè la translazione abbia per effetto la revoca dell'antico legato, e la creazione di un legato nuovo, debbono concorrere tutti i requisiti necessari a ordinare un legato, altrimenti la revoca avrebbe efficacia, ma non la translazione, e per conseguenza l'antico legato rimarrebbe estinto, senza che prendesse vita un nuovo legato (fr. 20, *Dig. h. t.*, XXXIV, 4; fr. 34 *pr.*, *Dig. de legat.*, XXX). Un legato passa da un legatario all'altro, con tutti i suoi accessori, modalità, ed oneri: *cum sua causa* (fr. 24 *pr.*, *Dig. de adim. legat.*, XXXIV, 4; fr. 95, *Dig. de condit. et demonstr.*, XXXV, 1). Se il secondo legatario è, o diviene incapace di acquistare il legato a lui trasferito, o lo rifiuta, non per

questo rimane inutile la revoca del legato a favore del primo legatario; tal revoca anzi sussiste, perchè la volontà del testatore di operarla, è evidente (fr. 20, *Dig. h. t.*, XXXIV, 4). Ma se il testatore volle operare una translazione del legato relativamente alla cosa soltanto, e la nuova cosa sostituita alla prima fu da lui data invalidamente, il legato della prima sussiste, perchè la volontà del testatore era di far godere il legatario di una sua liberalità (fr. 18, *Dig. de legatis*, XXX). Del resto è essenziale esaminare, se piuttosto che una translazione, il testatore volle fare una congiunzione di legatari (fr. 33; fr. 34 *pr., Dig. de legatis*, XXX), e la sua volontà deve valere.

C) Per alcune circostanze indipendenti dalla volontà del testatore, il legato può estinguersi (*legatum exstinguitur*). Tali sono le appresso:

1° Se il legatario premuore al testatore, o sopravvivendogli, muore prima di avere acquistato il diritto sul legato e senza avere un collegatario (*cost. un.*, § 2, 4, 7, *Cod. de cad. toll.*, VI, 51).

2° Se la condizione dalla quale dipende l'acquisto del diritto sul legato, non si verifica.

3° Se il testamento, che contiene il legato, diviene *ruptum*, *irritum*, *destitutum*.

4° Se il legatario ha già acquistato a titolo lucrativo, la cosa che gli viene legata.

5° Se la *specie* legata perisce, senza colpa dell'erede.

D) Vi sono casi nei quali il legato si ritiene *pro non scripto* (*Dig.* lib., XXXIV, tit. 8, *de his quæ pro non scriptis habentur*), come se il testatore si fosse espresso con tanta ambiguità, che non si potesse rilevare il suo volere (fr. 2, *h. t.*), o avesse lasciato un legato a favore di una persona condannata *in metallum*, o a favore di un servo altrui, ma poi dal testatore comprato (fr. 3, *Dig. eod.*; o se il legatario scrisse da sè il legato a proprio favore (fr. 5, *Dig. eod.*) sebbene sotto la dettatura del testatore; perchè è questo sempre un legatario sospetto.

E) Finalmente in altri casi le leggi sottraggono a certi legatari i legati, come *indegni* di riceverli (*legatum aufertur, eripitur*): il legato si dice allora *ereptitium* (*Dig.* lib., XXXIV, tit. 9, *de his qui ut indignis auferuntur*, *Cod.* lib. VI, tit. 35, *eod.*); ciò avviene in generale, quando il legatario commette un delitto contro il testatore. (vedi § 657, pag. 503, di questo lib. II, vol. II).

VIII. AZIONI SPETTANTI AI LEGATARI.[1]

§ 849. Allorquando i legati si ordinavano con formule determinate differenti, ai legatari competevano azioni diverse a seconda di quelle formule. Vedemmo infatti che nel legato *per vindicationem*, il legatario aveva la *rei vindicatio*; aveva un' *actio personalis*, o *condictio ex testamento* nel legato per *damnationem* o *sinendi modo*; l' *actio familiæ erciscundæ* nel *legatum per præceptionem*; ma in gius Nuovo unificati i legati, quattro sono le azioni che spettano ai legatari: due comuni a tutti, due speciali.

a) Comuni a tutti sono:

1° l'*actio personalis ex testamento*, detta *actio legati*, se l'erede è legittimo e non testamentario, nascente dal quasi contratto dell' *hereditatis aditio*, e con la quale il legatario costringe l'erede alla prestazione del legato (*Instit.*, § 5, *de oblig. quæ ex quasi contractu nascuntur*, III, 28; *Instit.*, § 2, *Dig. de legatis*, II, 20; fr. 69, § 5; fr. 82 *pr.*, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 29, § 3, *Dig. de legatis*, XXXII; fr. 75, *Dig. ad legem Falcidiam*, XXXV, 2);

2° l' *actio hypothecaria*, derivante dall' ipoteca legale che Giustiniano accordò al legatario sulle cose ereditarie, pervenute nella persona onerata del legato (*cost.* 1, *Cod. comm. de leg.*, VI, 43) per garanzia, del pagamento del legato stesso. Azioni speciali sono:

1° la *rei vindicatio*, con la quale il legatario, cui fu lasciata una *specie* appartenente al testatore, può ripeterla dalle mani di chiunque (*cost.* 1, e *cost.* 3, § 2, *Cod. com. de leg.*, VI, 43):

[1] Il Codice nostro riconosce nel legato un mezzo di acquistare la proprietà, essendochè dichiara che la proprietà si acquista per *successione* (art. 710), ed il legato è una *successione* testamentaria a titolo particolare (art. 759 e 760). Il Codice stesso attribuisce espressamente al legatario il *diritto di conseguire* la cosa legata (art. 862) e sanziona l'obbligo in ciascun erede di soddisfare il legato in proporzione della quota che come erede gli spetta (art. 868). Di più conferisce ai legatari il diritto alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede, (art. 1032) onde ottenere col patrimonio del defunto il soddisfacimento del legato di preferenza ai creditori dello erede (art. 2054 e 2055); diritto alla separazione che se debitamente iscritto, fa nascere un vincolo, cui sono applicabili tutte le disposizioni relative alle ipoteche (art. 2065).

Dalle quali cose si raccoglie, che il legatario può a seconda dei casi, sperimentare l'azione inerente alla proprietà (art. 710, 759, 862), può agire personalmente contro l'erede (art. 868) e di più può agire ipotecariamente (art. 2065), se iscrisse il diritto alla separazione dei patrimoni.

Ma il legatario, ricordiamolo, deve domandare all' erede il possesso della cosa legata (art. 863). Ove se ne impossessasse arbitrariamente, l'erede si avrebbe per ispogliato di fatto, e potrebbe esercitare contro il legatario tutte le azioni che spettano ai possessori legittimi (art. 926).

2° l'*actio confessoria*, con la quale il legatario di un qualche *jus in re*, lo può far valere.

§ 850. Allorquando il legato era fatto sotto condizione sospensiva, o *ex die*, o il legatario per un motivo qualunque non poteva esigere subito il legato; il legatario aveva diritto che l'erede, o la persona obbligata a prestarglielo gli desse cauzione per via di fideiussori, *legatorum servandorum causa cautio* (*Dig.*, lib. XXXVI, tit. 3 *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*, *Cod.*, lib. VI, tit. 54, *eod.*) e se questa cauzione gli veniva ricusata, otteneva la immissione nel possesso dei beni del defunto (*Dig.*, lib. XXXVI, tit. 4, *ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa, esse liceat. Cod.*, lib. VI, tit. 54 *ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, et quando satisdari debeat*). Ma questa cauzione è divenuta inutile, dopo l' ipoteca legale accordata al legatario.

§ 851. Per altra parte l'erede, contro il legatario che arbitrariamente ha preso possesso delle cose legategli, ha l'interdetto *quod legatorum* per farsele restituire, *ut quod quis legatorum nomine, non ex voluntate heredis occupaverit, id restituat heredi* (*Dig.*, lib. XLIII, tit. 3, *quod legatorum. Cod.*, lib. VIII, tit. 3, *eodem*). Inoltre l'erede ha diversi mezzi giuridici per ottenere la *quarta*, che per la legge Falcidia gli spetta. Così ha l'*jus retentionis* sulle cose legate, che sono in sua mano, per ottenere la riduzione del legato (fr. 15, § 1, *Dig. ad legem Falcid.*, XXXV, 2); ha la *condictio indebiti* per ripetere quella parte del legato che avrebbe potuto ritenere (*cost.* 9, *Cod. ad leg. Falcid.*, VI, 50) e che pagò per intiero per errore di fatto; ha l'*actio de dolo* se per inganno del legatario si lasciò indurre a pagargli l'intiero legato (fr. 23, *Dig. de dolo malo*, IV, 3); finalmente ha la *rei vindicatio* se la cosa legata, è già presso il legatario, senza che egli gliela abbia consegnata, ed è cosa corporale (fr. 26 *pr.*, *Dig. ad legem Falcid.*, XXX, 2) altrimenti l'*actio utilis in factum* (fr. 77, § 2, *Dig. de legatis*, XXXI).

§ 852. Nell'epoca Giustinianea il fedecommessario ha per ripetere le cose lasciategli per fedecommesso *singolare*, le stesse azioni che il legatario, perocchè legati e fedecommessi singolari sono stati parificati.

CAPITOLO V.

Del legatum partitionis e della fideicommissaria hereditas.[1]

(*Instit.*, lib., II, tit. 23, *de fideicommissariis hereditatibus*, *Dig.*, lib., XXXVI, tit. 1, *ad senatusconsultum Trebellianum*, *Cod.*, lib., VI, tit. 49, *ad senatusconsultum Trebellianum*.)

§ 853. Il legatario ed il fedecommessario sono successori a titolo singolare, perchè il legato e il fedecommesso sono *delibationes hereditatis;* suppongono un' eredità ed un erede, a carico della quale, e dal quale sono prestati. Ma quest' idea così semplice, si complica quando il legato ed il fedecommesso hanno per obietto non già una o più cose singole, bensì invece una quota di eredità, o tutta l' eredità. Una quota di eredità poteva lasciarsi per legato; il quale prendeva allora il titolo di *legatum partitionis;* tutta l' eredità non poteva mai lasciarsi per legato; era lecito per altro fedecommettere all' erede di restituire una quota dell' eredità, o tutta l' eredità in cui era istituito, o cui per legge veniva chiamato; allora dicevasi esistere un *fideicommissum hereditatis*, una *fideicommissaria hereditas*. Il *fideicommissum hereditatis* differiva dal *legatum partitionis* oltre che nella forma eziandio nella circostanza che il *fideicommissum* poteva comprendere tutta l' eredità, non che una parte aliquota della medesima, mentre il *legatum partitionis* non poteva comprendere che una parte aliquota dell' eredità; tuttavolta fra il legatario del *legatum partitionis*, e l' erede, nascevano relazioni fino ad un certo punto analoghe a quelle che nascevano fra il *fedecommessario* e il *fiduciario*. E per questa, e per l' altra ragione che il *legatum partitionis*, valse poi come un *fideicommissum hereditatis*, noi trattiamo insieme del *legatum partitionis* e del *fideicommissum hereditatis*.

A) *Legatum partitionis.*

§ 854. Era lecito al testatore imporre all' erede di dividere la sua eredità con una persona determinata: *heres meus, cum Titio hereditatem partito, dividito;* allora Tizio era legatario della

[1] Istituzioni sono queste ignote al Codice Civile Italiano.

metà dei beni; ma poteva legarsi in questa guisa qualunque altra parte aliquota dell' eredità: p. e., la terza o la quarta parte: *quæ species,* questa specie di legato, dice Ulpiano, *partitio appellatur* (Ulp., XXIV, 25), e tal legatario si diceva *partiarius* (Gajo, II, 254). Ove il testatore non avesse fissato la parte aliquota, si intendeva che fosse la metà (fr. 164, § 1, *Dig. de verb. signif.,* L, 16). I Proculeiani pretendevano che il legatario *partiarius,* dovesse ricevere in natura la parte aliquota dei beni legatagli, come un coerede; i Sabiniani invece sostenevano che egli dovesse riceverne il corrispondente valore. In seguito prevalse la regola, che contro l' erede il legatario potesse chiedere in natura la quota dovutagli, intimandolo a dividere l' eredità; ma che se tal divisione riuscisse difficile, fosse in arbitrio dell' erede, pagargli invece in contanti il valore di quella quota, o dargli in pagamento della medesima alcune delle cose ereditarie, senza spartirle tutte singolarmente (fr. 26, § 2; fr. 27, *Dig. de legatis,* XXX). Il legatario di un *legatum partitionis* fu sempre considerato come un successore a titolo singolare, non mai come un erede; l' esistenza del suo legato presuppose ognora l' esistenza d' un erede: se l' istituzione di questo era invalidata, lo era pure la *partitio.* Quindi i debiti ed i crediti ereditari non passarono in tal legatario; i creditori ereditari non ebbero azione contro di lui, nè egli ebbe azione contro i debitori della eredità; quei primi poterono escutere soltanto l' erede, e l' erede solo potè escutere questi ultimi. Per tale motivo si sentiva il bisogno di convenzioni fra erede e legatario, relativamente a tali debiti e crediti ereditari, con le quali l' erede promettesse di dividere quanto avesse riscosso dai creditori, ed il legatario di rimborsare all' erede quella porzione dei debiti ereditari, che questi avesse pagato per lui. Tali convenzioni furono rivestite della forma della *stipulatio,* ed ebbero nome di *stipulationes partis et pro parte* (Ulp., XXV, 15; Paolo, IV, 3, 1; Gajo, II, 254). Il *legatum partitionis* è sparito in gius Nuovo; esso si considera come un fedecommesso universale (*cost.* 2, *Cod. commun. de legat.,* VI, 43).

B) Fideicommissum hereditatis, o *fideicommissaria hereditas.*

§ 855. In diritto Antico, e fino ai tempi di Nerone, la persona che era stata istituita erede, ma con la commissione alla sua

coscienza affidata, di restituire tutta la eredità, od una parte aliquota della medesima, era considerata come un vero proprio erede, *heres fiduciarius;* rispettandosi religiosamente il principio *semel heres, semper heres,* lui solo si diceva continuare la personalità giuridica del defunto per riguardo ai beni, in lui solo si riconosceva il diritto di esercitare le azioni tutte, che al defunto competevano; lui solo era lecito ai creditori del defunto escutere. Ma quando l'erede fiduciario aveva restituito tutta l'eredità al fedecommessario, voleva giustizia che su quest'ultimo in sostanza ne ricadessero effettivamente tutte le conseguenze; e che quando l'erede fiduciario avesse restituito una parte aliquota dell'eredità al fedecommessario, per questa parte esso contribuisse proporzionatamente al comodo e al danno. A conciliare tale principio di giustizia morale col rigoroso principio del diritto civile: *semel heres, semper heres,* si facevano degli accomodamenti per via di stipulazioni fra l'erede fiduciario ed il fedecommessario. L'erede fiduciario faceva una vendita fittizia dell'eredità al fedecommessario per una sola moneta, *nummo uno,* ed a questa vendita si apponevano diverse stipulazioni, come se fosse stato una vera e propria vendita dell'eredità, una vendita seria (*stipulationes quasi emtæ et venditæ hereditatis,* GAJO, II, 252). Tali *stipulationes emtæ et venditæ hereditatis* avvenivano, sia che l'erede fiduciario avesse dovuto restituire tutta l'eredità, sia che avesse dovuto restituirne una parte: ma ai tempi di *Nerone,* essendo consoli Trebellio Massimo e Anneo Seneca, fu emanato un Senatusconsulto, il quale stabilì, che se l'eredità dovesse essere tutta restituita per fedecommesso, le azioni le quali pel diritto Civile spettavano all'erede fiduciario, passassero al fedecommessario, e che fossero viceversa esercibili conto il fedecommessario le azioni, che avrebbero potuto essere esercitate contro l'erede fiduciario; le une e le altre peraltro, come azioni *utiles;* che se l'erede fiduciario avesse restituito una parte dell'eredità, le azioni si dividessero fra lui ed il fedecommessario *pro rata.* Per cotal guisa il fedecommessario non ebbe più bisogno delle stipulazioni suddescritte; la restituzione operò a suo favore una successione a titolo universale, ed egli ottenne il posto dell'erede, fu nel luogo di un erede *heredis loco,* (GAJO, II, 253, *Instit.,* § 4, *h. t.,* II, 23). L'erede fiduciario aveva libera facoltà di accettare o di rifiutare l'eredità fedecommessaria: e non era infrequente il caso

che egli la ricusasse, perchè essendogli commesso di restituirla intiera, o per la massima parte, non ne risentiva vantaggio alcuno, o troppo sottile vantaggio: allora le volontà del defunto rimanevano frustrate di effetto. Ad ovviare a quest' inconveniente, sotto il regno di Vespasiano, essendo consoli Pegaso e Pusione, provvide il senatusconsulto Pegasiano, il quale ordinò, che la legge Falcidia fosse estesa ai fedecommessi universali, attalchè l' erede fiduciario pregato a restituire tutta l' eredità, avesse facoltà di ritenerne la *quarta parte* (GAJO, II, 254; *Instit.*, § 5, *de fidecom. hered.*, II, 23). Il fedecommessario fu per cotal guisa trattato come un legatario, fu *loco legatarii*. Considerandolo come un legatario, egli non aveva azioni per la sua parte di eredità, nè contro di lui potevano essere intentate. Appunto perchè era tenuto quale un legatario e legatario parziario (*legatarius partiarius*), i crediti ed i debiti dell' eredità stavano a favore e respettivamente a carico dell' erede fiduciario, che solo poteva esigere quelli, e venire escusso per questi. Onde la necessità per l' erede fiduciario e pel fedecommessario, di tenersi respettivamente conto degli uni e degli altri; il che facevano mediante quelle *stipulationes partis et pro parte*, sul lucro e sul danno da repartirsi fra loro (*de lucro et damno pro rata parte communicanda*), di cui abbiamo parlato trattando del *legatum partitionis* (GAJO, II, 254). Il senatusconsulto Pegasiano non abolì il Trebelliano: ambedue coesisterono e furono applicati a casi diversi. Ricorreva l' applicazione del senatusconsulto Trebelliano, se l' erede fiduciario era stato pregato di restituire *meno dei tre quarti* dell' eredità; ricorreva l' applicazione del senatusconsulto Pegasiano, se l' erede fiduciario era stato pregato di restituire *tutta l' eredità, o più dei tre quarti della medesima*. (*Instit.* § 6, *de fid. hered.*, II, 23). Ricorrendo l' applicazione del senatusconsulto Trebelliano, le azioni si dividevano *ipso jure*, o *ipso jure* passavano tutte nel fedecommessario: ed egli stava *heredis loco*; ricorrendo invece l' applicazione del Pegasiano, il fedecommessario era *legatarii loco*, le azioni non si dividevano, ed era necessario ricorrere alle *stipulationes partis et pro parte*. In tale stato di cose Giustiniano reputò opportuno di modificare la legislazione su questo proposito. E bene a ragione. Infatti le stipulazioni alle quali dava luogo il senatusconsulto Pegasiano, fra l' erede fiduciario ed il fedecommessario facevano correre tanto al fiduciario quando al fedecommessario il pericolo della loro respettiva in-

solvenza; grande complicanza derivava poi dal coesistere di quei due senatusconsulti. Giustiniano studioso della semplicità nella legislazione, amalgamò il disposto di quei due senatusconsulti, conservando il nome di senatusconsulto Trebelliano alla nuova legge, che con la fusione delle due anteriori egli venne a comporre (*Instit.,* § 7, *h. t.,* II, 23). I principii di questa furono i seguenti:

1° L' erede fiduciario, che deve restituire un fedecommesso universale, ha sempre il diritto di ritenere la *quarta* parte della sua porzione ereditaria.

2° I crediti ed i debiti dell' eredità, sono considerati come divisi *ipso jure* fra il fiduciario ed il fidecommessario, il quale ultimo è sempre *heredis loco* (*Instit.* § 7, *h. t.,* II, 23; *cost.* 7, § 1, *Cod. ad SC. Trebell.,* VI, 49).

3° Il fiduciario, che non vuole accettare l' eredità fedecommessaria, può essere obbligato a farlo; a rischio e pericolo del fedecommessario al quale restituisce la eredità tutta intiera. Ma in tal caso il fiduciario perde in pena del suo rifiuto il diritto alla *quarta,* e tutti gli altri vantaggi ai quali avrebbe potuto pretendere, fondandosi sulle disposizioni di ultima volontà del defunto (fr. 4; fr. 27, § 14, 15; fr. 43; fr. 55, § 3; fr. 28, § 1, *Dig. ad SC. Trebell.,* XXXVI, 1).

4° Il fiduciario che ha accettato l' eredità fedecommessaria, se ne è in possesso, può essere obbligato dal fedecommessario, con una azione personale *ex testamento* a restituirgliela; *se non* ne è in possesso deve almeno verbalmente restituirla; ed il fedecommessario ha contro il terzo possessore che possiede quell'eredità *pro herede* o *pro possessore,* la *hereditatis petitio fideicommissaria* (fr. 37; fr. 63 *pr., Dig. h. t.,* e *Dig.,* lib. V, tit. 6, *de fideicom. hered. petit.*)

§ 856. Il fedecommesso universale, nel diritto Giustinianeo, produce tutti gli effetti di una successione universale, ma riguardo al modo col quale può essere ordinato ed acquistato, è sempre considerato come un legato. Infatti può essere ordinato in qualunque atto di ultima volontà, incaricando del medesimo sia l' erede testamentario, sia il legittimo; è valido ancora se senza nessuna formalità il defunto ne incaricò personalmente l' erede fiduciario, ma in tal caso il fedecommessario non può provare il suo diritto se non deferendo il giuramento all' erede fiduciario (*Instit.,* § 2, *de codicillis,* II, 25; *Instit.,* § 12, *h. t.,* II, 23, *cost.* 32,

Cod de fideicom., VI, 42). E le regole sull'acquisto dei legati, valgono ancora per i fedecommessi universali (*Instit.*, 2, *in fine h. t.*, II, 23). Ma soltanto l'erede può essere incaricato della restituzione di un fedecommesso universale; tutti quelli che ricevono una qualche liberalità dal disponente, possono essere incaricati della restituzione di un fedecommesso particolare, e perfino il fedecommessario può essere pregato di restituire alla sua volta la cosa, che per fedecommesso gli fu da un primo erede fiduciario restituita (*Instit.*, § 11, *h. t.*, II, 23).

§ 857. L'erede fiduciario deve restituire il fedecommesso all'epoca stabilita dal defunto, e se questi non la stabilì, deve operare quella restituzione immediatamente dopo avere accettata l'eredità (fr. 41, § ult., *Dig. de legatis,* XXXII). Ha sempre diritto di essere rimborsato delle spese necessarie o utili che ha fatto sulle cose del fedecommesso o per vantaggio del fedecommessario; riguardo alle spese voluttuose può esercitare soltanto l'*jus tollendi* (fr. 19, § 2; fr. 22, § 3, *Dig. ad SC. Trebell.,* XXXVI, 1; fr. 1; 58, *Dig. de legatis,* XXX; fr. 40, § 1, *Dig. de condict. indeb.,* XII, 6); ma per altra parte è responsabile del danno derivante dalla sua *culpa* (fr. 22, § 3, *Dig. ad SC. Trebell.,* XXXVI, 1).

§ 858. La *quarta,* che l'erede fiduciario può ritenere sull'eredità, che per fedecommesso egli restituisce, sebbene comunemente chiamata *Trebellianica,* in realtà non è che la quarta ordinata dalla legge Falcidia, applicata ai fedecommessi universali, e perciò nelle nostre Fonti è sempre chiamata *quarta* oppure *Falcidia* (fr. 16, § 9; fr. 22, § 2; fr. 27, § 10; fr. 30 *pr., Dig. ad SC. Trebell.,* XXXVI, 1). Di qui deriva, che i principii da noi accennati come proprii della legge Falcidia, applicata ai legati, valgono ancora per la legge stessa, applicata ai fedecommessi universali. Per conseguenza la *quarta* non può detrarsi da un fedecommesso universale, in tutti i casi nei quali non potrebbe detrarsi dai legati (fr. 1, § 18; fr. 3, § 1; fr. 4; fr. 45, *Dig. ad SC. Trebell.,* XXXVI, 1. *Nov.* 1, cap. 2, § 2). E se esistono più eredi fiduciari incaricati di un fedecommesso universale, ognuno di essi può ritenere la *quarta* in proporzione della sua quota ereditaria (*Instit.,* § 1, *de lege Falcid.,* II, 22).

§ 859. L'erede fiduciario, finchè è nel possesso dell'eredità fedecommessaria, come erede ne è proprietario, e perciò potrebbe alienarla. E nel diritto Antico questa alienazione era lecita tanto

che il fedecommessario, a cui danno era stata consumata, aveva soltanto un' azione personale per ottenere la restituzione del fedecommesso e la riparazione del danno (fr. 3, § 3; fr. 19, § 2; fr. 70, § 1, *Dig. ad SC. Trebell.*, XXXVI, 1). Ma Giustiniano proibì l' alienazione dei beni, che fanno parte del fedecommesso, e la dichiarò nulla in favore del fedecommessario (*cost.* 3, § 2, 3, *Cod. comm. de legat.*, VI, 43, *Nov.* 159). In gius Nuovo dunque, al fiduciario non è lecito, *in generale*, alienare le cose del fedecommesso, ammenochè il testatore non glielo abbia permesso, o le parti interessate vi consentano (fr. 70, § 3; fr. 71, 72, *Dig. de legatis*, XXXI, *Auth. contra Cod.*, VI, 49; fr. 120, § 1, *de legatis*, XXX, *cost.* 11, *Cod. de fideicom.*, VI, 42), oppure l' alienazione sia fatta per pagare dei debiti o dei legati (fr. 114, § 14 *in f.*, *Dig. de legatis*, XXX; fr. 38 *pr.*, *Dig. de legatis*, XXXII). Un altro caso di eccezione si verifica a favore del fiduciario, il quale ha l' obbligo di restituire il fedecommesso alla propria morte; se egli ha bisogno di costituire una dote, o una *donatio propter nuptias*, nè ha mezzi per farlo, può procurarseli con l' alienazione delle cose fedecommessarie (*Nov.* 39, cap. 1, e *Nov.* 108, cap. 1). Ma se il testatore avesse imposto all' erede fiduciario di restituire al fedecommessario, solamente quello che rimarrà dell' eredità il dì della morte di lui fiduciario (*fideicommissum ejus quod superfuturum erit*), detto fiduciario avrebbe facoltà di alienare i tre quarti dell' *eredità* fedecommessaria, e non avrebbe obbligo di restituire al fedecommessario che un quarto (*Nov.* 108, cap. 1 e 2).

§ 860. Il fedecommesso universale si estingue, oltre che in tutti i casi nei quali l' atto di ultima volontà che lo contiene, è invalido o lo diviene, eziandio:

1° Per rinunzia del fedecommessario (*cost.* 26, *Cod. de fideicom.*, VI, 42).

2° Per morte del fedecommessario anteriore all' acquisto del diritto sul fedecommesso.

3° Pel non verificarsi della condizione, cui la restituzione fu sottoposta (fr. 102, *Dig. de cond. et demonstrat.*, XXXV, 1, *cost.* 30, *Cod. de fideicom.*, VI, 42, *cost.* 3, § 3, *Cod. comm. de legat.*, VI, 43).

4° Per la estinzione della famiglia, a cui favore fu fondato (fr. 78, § 3, *Dig. de legatis*, XXXI), supposto che fosse un fedecommesso familiare perpetuo (*Nov.* 159).

CAPITOLO VI.

DELLE DONAZIONI E CAPIONI MORTIS CAUSA.[1]

(*Dig.*, lib., XXXIX, tit. 6, *de mortis causa donationibus et capionibus, Cod.*, lib., VIII, tit. 57, *de donationibus mortis causa.*)

§ 861. Nel trattare dei patti legittimi, fu per noi data la definizione della donazione in generale, e fu dichiarata la distinzione fra donazioni *inter vivos* e donazioni *mortis causa* (vedi sopra, § 401). Era questione fra gli antichi giureconsulti, se le donazioni *mortis causa* dovessero venire collocate fra le donazioni o fra i legati, avendo rassomiglianza con le une e con gli altri. Giustiniano, (come avvertono i compilatori delle sue Istituzioni § 1, tit. 7, *de donationibus,* lib. II) decise che si avessero a considerare quasi in tutto come legati: *per omnia fere legatis connumerentur.* (*Instit*, § 1, *l. cit.*, *cost.* 4, *Cod. h. t.*, *Nov.* 87, Egli è perciò che noi ne trattiamo di seguito ai legati ed ai fedecommessi.

§ 862. Il carattere distintivo delle donazioni *mortis causa* è l'esser fatte in *previsione della morte*, e l'essere *subordinate nella loro efficacia, alla condizione della premorienza del donante al donatario.* L'idea che domina la *mortis causa donatio* può formularsi, come dicemmo altra volta (vedi sopra, § 401), in questi termini: il donante, preferisce il donatario ai suoi eredi, ma preferisce al donatario sè stesso (fr. 1 *pr.*; fr. 35, § 2, *Dig. h. t. Instit.* § 1, *de donat.*, II, 7).

§ 863. In due maniere la premorienza del donante, può essere posta in condizione della *mortis causa donatio:*

a) il donante può donare col semplice pensiero generico della propria morte, anteriore a quella del donatario (*sola mortalitatis cogitatione*) p. e., può dire: ti dono il mio cavallo, se morirò prima di te (fr. 2 *pr.*, *Dig. de mortis causa donat.*, XXXIX, 6; fr. 31, § 2 *in f.*; fr. 35, § 4, *Dig. eod.*), oppure

b) il donante può donare col pensiero della propria morte

[1] Pel Codice nostro tali donazioni sono disposizioni di ultima volontà a titolo particolare come i legati, e si fanno per testamento.

anteriore a quella del donatario, ma qual conseguenza temuta di un determinato pericolo imminente: p. e., può dire: ti dono il mio cavallo, se morirò della malattia che ora mi affligge (fr. 3, 6; fr. 8, § 1, *Dig., h. t., Instit.* § 1, *de donat.*, II, 7, Paolo, III, 7). Nel *primo* caso.

a) la premorienza del donante conferma la donazione: nel secondo, che era a Roma il caso più comune,

b) è la premorienza del donante, ma come conseguenza del determinato pericolo da lui contemplato, che vale a confermare la donazione; laonde se il donante sfugge a quel pericolo, p. e., se guarisce dalla malattia che l'affliggeva, la donazione è nulla.

§ 864. La donazione *mortis causa* può essere fatta in due forme esterne diverse.

1° Con la forma di una convenzione.

2° Con la forma di un codicillo.

1° Se è fatta con la forma di una convenzione, esige l'accettazione del donatario; e superando i 500 solidi abbisogna di insinuazione.

2° Se è fatta con la forma di un codicillo, esige la presenza di cinque testimoni e non addimanda insinuazione (*cost.* 4, *Cod. de mortis causa donat.*); ma come le donazioni in generale, può essere effettuata sia *dando*, sia *promittendo*, sia *liberando*.

§ 865. Le donazioni *mortis causa* furono parificate *ai legati* in molti punti, ma non in tutti.

I) Parificate furono in questo:

a) nella capacità delle persone, che ne sono obietto. Chi non è capace di acquistare un legato, non è capace di acquistare una *donatio mortis causa* (fr. 35, *Dig. h. t.*);

b) circa alla *quarta Falcidia*. Le donazioni *mortis causa* sono sottoposte come i legati alla detrazione della quarta (*cost.* 5, *Cod. ad leg. Falcid.*, VI, 50, *cost.* 2, *Cod. de don. causa mortis*, VIII, 57);

c) per riguardo alla remissione dalla *cautio usufructuaria*. Non può farsi questa remissione a favore del legatario dell'usufrutto, come non può farsi a favore del donatario *mortis causa* dell'usufrutto (fr. 1, § 2, *usufr. quemad. caveat.*, VII, 9, *cost.* 7, *Cod. ut in poss.*, VI, 54, vedi vol. I, lib. II, § 158, 2);

d) per riguardo ai peculi castrense e quasi castrense. I figli di famiglia militari possono testarne, e per conseguenza farne

legati, come possono farne donazioni *mortis causa* (fr. 15, *Dig. h. t.*).

e) per riguardo ai fedecommessi. Di questi possono essere incaricati i legatari, come i donatari *mortis causa* (fr. 11, *Dig. de dote præleg.*, XXXIII, 4; fr. 77, § 1, *Dig. de legatis*, XXXI; fr. 8, § 2, *Dig. de transact.*, II, 15, *cost.* 1, *Cod. de don. caus. mortis*, VIII, 57).

f) per riguardo alla *bonorum possessio contra tabulas*. Essa annulla le donazioni *mortis causa*, nella stessa maniera dei legati (fr. 3 *pr.*; fr. 5, § 7; fr. 20, *Dig. de leg. præst.*, XXXVII, 5).

II) Nonostante questi punti, nei quali i legati e le donazioni *mortis causa* furono parificati, e nonostante le *analogie*, che occorrono fra loro, specialmente per riguardo alla loro estinzione, la quale si verifica così per revoca del legato, come per revoca della donazione *mortis causa*, tanto per premorienza del legatario al testatore, quanto per premorienza del donatario al donante, nonostante tuttociò, ripetiamolo, occorrono alcune differenze fra questi due enti giuridici, eziandio nel diritto Giustinianeo; ed in fatti:

a) la *donatio mortis causa* può assumere la forma di una convenzione, il *legato* non mai:

b) la *donatio mortis causa* non ripete la sua validità dall'adizione dell'eredità, come il legato, bensì dalla premorienza del donante al donatario (fr. 32, *Dig. h. t.*):

c) la capacità del donatario ad acquistare non si considera, come nel legato, riferendosi al tempo della disposizione, bensì a quello della morte (fr. 22, *Dig. h. t.*):

d) un figlio di famiglia può col consenso paterno, donare *mortis causa* il suo peculio avventizio, ma non già testarne e farne legati (fr. 25, § 1, *Dig. eod.*):

e) il donatario che ha impugnato inutilmente come inofficioso il testamento, non perde la donazione *mortis causa*; mentre perderebbe il legato, nel caso stesso, il legatario (fr. 5, § 14, 17, *Dig. de his quæ ut indignis*, XXXIV, 9):

§ 866. La donazione *mortis causa* si estingue:

1° per la revoca del donante che ha la facoltà di farla quando non abbia espressamente rinunziato a tal facoltà, mediante convenzione (fr. 13, § 1; fr. 35, § 4, *Dig. h. t.*):

2° per lo scampare del donante a quel pericolo determinato di morte, in vista del quale aveva donato (*Instit.* § 1, *h. t.*, II, 7; fr. 29, *Dig. eod.*):

3° per la premorienza del donatario, al donante (fr. 26, *Dig. eod.*):

4° per la spontanea alienazione, o trasformazione della cosa donata, fatta dal donante.

§ 867. Allorquando una donazione *mortis causa*, già eseguita diviene nulla, il donante può rivendicare la cosa donata in mano di chiunque essa si trovi (fr. 29, *Dig. de mortis causa donat.*, XXXIX, 6). Se poi obietto della donazione fu cosa non suscettiva di *rei vendicatio*, può intentare la *condictio sine causa*, o l'*actio præscriptis verbis* (fr. 18, § 1; fr. 35, § 3, *Dig. eod.*). E se la cosa donata fosse perita per una ragione imputabile al donatario, questi sarebbe obbligato a restituirne il valore (fr. 39, *Dig. eod.*); se l'avesse venduta, dovrebbe restituire il prezzo, o la cosa stessa, a scelta del donante (fr. 37, § 1, *Dig. eod.*).

§ 868. Dalla *donatio mortis causa*, è necessario distinguere la *mortis causa capio*. L'idea della *mortis causa capio* è più generale, ed abbraccia tutti gli acquisti *mortis causa*, che non hanno nome speciale, che non sono dunque, legati, fedecommessi, nè donazioni; rientrano in questa categoria, p. e.: ciò che il padre dà ai poveri nell'occasione della morte del figlio; ciò che il servo manomesso per testamento, o il legatario prestano allo erede, per obbedire alla condizione loro imposta dal testatore ec. (fr. 8; fr. 38, *Dig. h. t.*, XXXIX, 6).

PARTE VII.

Altre successioni mortis causa.

§ 869. Esistono persone, che possono succedere *mortis causa* nei beni di un defunto, senza esserne eredi, o senza che il defunto abbia loro lasciato un legato un fedecommesso, nè fatta una donazione *mortis causa*. I casi nei quali tali successioni si verificano, hanno analogia ora con l'eredità, ora coi legati, perchè talvolta la successione avviene *per universitatem*, talvolta è una *singularis successio*.

I. *Bona vacantia*. (*Cod.* lib., IX, tit. 10, *de bonis vacantibus*). Quando a Roma un'eredità rimaneva vacante, in origine lo Stato non aveva nessuna pretesa sulla medesima; erano considerate come cose *nullius*, quelle che la componevano, e ognuno poteva ap-

propriarsele. Ma ai tempi di Augusto, lo Stato cominciò a rivendicare e appropriarsi (*vindicare, occupare*), quei beni (Gajo, II, 150; Ulpiano, XXVIII, 7). Da primo, questi *bona vacantia* andarono all' *ærarium*, poi al *Fiscus* (fr. 96, § 1, *Dig. de legatis*, XXX), che non si chiamò *heres*, erede, ma che fu trattato come un successore a titolo universale, quale è l'erede, che fu dunque *loco heredis*. Ma il Fisco fu escluso dai possessori delle cose ereditarie con la *præscriptio quadriennii*, dal tempo della vacanza (vedi sopra, § 733); e dopo Adriano e più dopo Costantino, Teodosio II, e Valentiniano III, vi furono persone, che in certi casi furono preferite al Fisco (vedi sopra, § 732, in fine).

II. *Addictio bonorum libertatum servandarum causa* (*Instit.*, lib. III, tit. 12, *de eo cui libertatis causa bona addicuntur*). Affinchè avessero efficacia le manomissioni ordinate dal testatore, l'eredità testamentaria a cui carico erano imposte, eredità che nessuno fra gli eredi istituiti voleva o poteva accettare, fu dopo Marco Aurelio, aggiudicata (*addicta*) ad uno dei servi manomessi nel testamento o ad un terzo estraneo (*extraneus*) (fr. 2, 4, *Dig. de fideicom. lib.*, XL, 5). Ma per ottenere questa *addictio ex constitutione divi Marci*, faceva di mestiere garantire mediante fideiussori, il pagamento integrale dei creditori ereditari, e la manomissione dei servi, cui la libertà era stata lasciata per fedecommesso. Ciò facendo l'aggiudicatario diveniva un successore a titolo universale (*cost.* 6, *Cod. de test. manum.*, VII, 2; *cost.* 15, *eod. tit.*)

III. *Caduca*. Già più volte fu data la nozione del *caducum* (vedi vol. I, lib. II, § 89; vol. II, lib., II, § 657, e seg. e specialmente il § 838). Le disposizioni *caduca* e quelle loro assomigliate, in *causa caduci*, furono dalle leggi *Julia* e *Papia Poppea* attribuite ai *patres* scritti nel testamento: e furono attribuite prima agli eredi poi ai legatari. Il *collegatarius conjunctus*, (cioè *conjunctus re et verbis*, o *verbis tantum*, non quello *re tantum*) fu preferito a tutti gli eredi o collegatari; (fr. 89, *Dig. de legatis*, XXXII); in mancanza di queste persone comprese nel testamento, e aventi figli *qui in eo testamento liberos habent*, ossia che hanno l'*jus patrum*, succedeva il Fisco (Gajo, II, 206 e 207), che dopo Caracalla fu preferito a tutti (Ulp., XVIII). La successione fondata sulla caducità, era per *universitatem*, se caduca era una quota ereditaria; era una *successio singularis* trattandosi di un legato. Ma

poco a poco la legislazione sulla caducità fu modificata. Ai tempi di Trajano chi non poteva acquistare (*capere*) il legato o la quota ereditaria conferitigli, se da sè denunziava al Fisco questa sua incapacità, in ricompensa riceveva una parte dell'eredità o del legato, attribuita dalla legge al *delator*. Costantino diminuì i casi di caducità, e Giustiniano poi li soppresse tutti (vedi *Cod.*, lib. VI, tit. 51, *de caducis tollendis*); *Cod.*, lib. VIII, tit. 58, *de infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis et de decimariis sublatis*).

IV. *Ereptitium*. Abbiamo detto altrove (vedi vol. I, lib. II, § 89, e vol. II, lib. II, § 657 e § 848, lett. E) come vi sieno dei casi nei quali è tolta al legatario o ad un erede la sua porzione ereditaria o il suo legato, a causa di indegnità (*ut indigno aufertur, ereptorium*). Per regola generale in questi casi acquista il Fisco, ma talvolta anche altre persone. Noi non staremo a riferirli qui perchè li accennammo nel § 657 di questo 2° volume; essi possono venire riscontrati nel *Digesto*, lib. XXIX, tit. 5, *de senatusconsulto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur*; tit. 6, *si quis aliquem testari prohiberit vel coegerit*; lib. XXXIV, tit. 9, *de his quæ ut indignis auferuntur*; lib. XLIX, tit. 14, *de jure fisci*; e nel Codice lib. VI, tit. 34, *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*; tit. 35, *de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad senatusconsultum Silanianum*.[1]

[1] « Non trattiamo in quest' opera della parte istorica delle azioni e in generale della *procedura civile romana*, perchè sono materie non assolutamente proprie dell'insegnamento nostro, e perchè d' altronde nel breve giro di un anno accademico è impossibile illustrare anch' esse. Aggiungasi che di ogni azione in particolare, istituzione per istituzione, abbiamo detto a sufficienza, e più di quello che su tale argomento si trovi negli ultimi titoli del libro IV, delle Istituzioni Imperiali. »

FINE DEL SECONDO ED ULTIMO VOLUME.

INDICE DELLE MATERIE

CONTENUTE NEL VOLUME SECONDO.

Sezione seconda.

TITOLO II.

TITOLO III.

Errata-Corrige.

Volume primo.

Pagina	verso		
13	6	*Pucta*	*Puchta*
85	23	*veteris juris auctores*	*veteres juris auctores*
90	7	*ad Sabinium*	*ad Sabinum*
165	nota 13	determinati	determinate
165	nota 39	nl	nel
212	11	propretario	proprietario
227	15	fedecommessario	fiduciario
231	nota 17	della donna	dalla donna
253	5	intercedere.	intercedère *civilmente*
254	3	il figlio di famiglia	il figlio di famiglia pubere
260	nota 17	è soltanto questa parziale abilitazione	è uno scioglimento dalla tutela ed una parziale abilitazione
273	nota 1	(art 36)	(art. 63)
273	nota 11	dell' articolo 65	dell' articolo 63
312	35	Il tutore può	Il tutore testamentario può
321	nota 3-4	patria potestà, la tutela la cura e l' inabilitazione	patria potestà, tutela, e cura
332	nota 4	Nominare un tutore	Nominare un curatore
337	2	ma non obbliga se	ma non obbliga *civilmente* se
363	27	i tutori legittimi, vale a dire l' ascendente	i tutori legittimi, vale a dire gli agnati, l' ascendente
364	10	padroni	patroni
371	13	del tutore	del curatore
373	14	puplilo	pupille
381	16	*tutto ciò che può formare parte del nostro patrimonio, ossia tutto ciò che può essere obietto dei nostri diritti patrimoniali*	*tutto ciò che può essere obietto dei nostri diritti patrimoniali*, o più generalmente, *tutto ciò che può far parte del nostro patrimonio*
388	18	o di servitù	o di servitù prediale
479	nota 14	acquistano diritti, nè	acquistano diritti reali; nè
483	nota 30	1505, 2057	1505, 1718, 2057
582	3	di una cosa	di una cosa altrui
587	1	di percepire	di percipere
597	10	Manynz	Maynz
659	5	nei seguenti	nelle seguenti
674	19-20	dell' indennità	dell' identità
689	46	delle spesa	delle spese
690	1	non colmate	con colmate
690	4	due terre	sue terre
696	7	foodiario	fondiario
703	22	si trovi pordente	si trovi perdente

Volume secondo.

Pagina	verso		
35	nota 8	Vedi pure l' art. 1619	Vedi pure gli articoli 1148 e 1619
35	nota 14	per esprimere *colpevolezza*, *dolo*	per esprimere *colpevolezza* (ossia così il dolo come la colpa)
45	13	è in mora	è costituito in mora
66	nota 2	concordano *gli* art. 1055, 773 etc.	concordano gli art. 1039, 1055, 773, etc.
84	12	lui si conobbero	si conobbero
95	14	mutuante	mutuatario
95	15	mutuatario	mutuante
145	nota 4	Il creditore	Il venditore
155	nota 23	allorchè concorrono	allorchè esiste una di
155	nota 25	solo ed unico prezzo	solo e certo prezzo
174	nota 13	questo	questa

Pagina		verso		
154	nota	25	che l' ipoteca	che la locazione
187		4	ciascedùna	ciaschedana
231		5	da riscuotere	di riscuotere
240	nota	1	*spontaanea libertà*	*spontanea liberalita*
251		1	tradione della cosa	tradizione della cosa
272	nota	4	Gravina *de Dig. jur.*	Gravina, *Orig. jur.*
344	nota	35	provare che poterono	provare che non poterono
353		34	tratta gli affari	tratta, senz' animo di donare, gli affar
370		32	aveva contro	non aveva contro
377		16	pagare in altro luogo	pagare un' altra cosa, o in altro luogo
395		16	pei principii romani	principii romani
407	nota	26	per lei	per lui
460		14	ed in calce al quale	ed al quale
461		29	in Oriente	in Occidente
470	nota	56	processo verbale del testamento	processo verbale della consegna del testamento
511		22	in mancanza dei genitori	in mancanza di uno dei genitori
512	note	4	Vinnio, *Luaest. select.*	Vinnius, *Select. quaest.*
516		21	il testamento era nullo	il testamento non era nullo
520		23	necessariamente istituite o diseredate espressamente	necessariamente istituite o possono essere diseredate
538	..	9	se fu sottoposta	ma non già se fu sottoposta
614	nota	9	il figlio o discendente dell' erede deve	il figlio o discendente dell' erede non deve